

THÈSE DE

DIJON.

1886

N^o. 1.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DE L'ACQUISITION
DES SERVITUDES PRÉDIALES

EN DROIT ROMAIN

DE L'ÉTABLISSEMENT
DES SERVITUDES

PAR LE FAIT DE L'HOMME

EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Lundi 12 Juillet 1886

PAR

Albert DEVOUCOUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.

UNIVERSITÉ DE FRANCE. — FACULTÉ DE DROIT DE DIJON

DE L'ACQUISITION
DES SERVITUDES PRÉDIALES
EN DROIT ROMAIN

DE L'ÉTABLISSEMENT
DES SERVITUDES
PAR LE FAIT DE L'HOMME
EN DROIT FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Lundi 12 Juillet 1886

PAR

Albert DEVOUCOUX

AVOCAT A LA COUR D'APPEL
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Sous la présidence de M. DE SUZE, *professeur.*

SUFFRAGANTS { MM. MONGIN, *professeur.*
BAILLY, *id.*
SALEILLES, *agréé.*

DIJON

IMPRIMERIE EUGÈNE JOBARD

Place Darcy, 9.

MEIS

MAGISTRIS

AMICIS

INTRODUCTION HISTORIQUE

ORIGINE DES SERVITUDES.

Parmi les modifications dont le droit de propriété est susceptible, la plus importante, si on se place au point de vue de son utilité, est, sans contredit, la servitude telle qu'elle est définie à l'article 637 de notre Code civil : « Une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. »

Tout le monde s'accorde aujourd'hui à regarder les servitudes réelles comme une institution bienfaisante de nature à favoriser le développement de l'agriculture. Le tribun Albisson a très bien fait ressortir tous les avantages qu'elles procurent, dans son rapport au tribunat, lors de la discussion sur le titre des servitudes : « Les servitudes sont d'une importance majeure dans la légis-

lation civile. L'agriculture, seule vraie nourricière du genre humain, languirait sans le secours qu'elle tire des servitudes (1). »

Mais cette utilité universellement reconnue de nos jours a été contestée par plusieurs de nos anciens auteurs. Le mot même de servitude implique une certaine défaveur, et c'est ce qui a égaré les juriconsultes de l'ancien droit qui regardaient les servitudes comme une institution contre nature à l'égal de l'esclavage. Servitude vient de *servus*, esclave, on considérerait comme esclave le fonds dont le propriétaire était obligé de supporter le passage du propriétaire voisin, par exemple : pour venir abreuver son bétail à une rivière ou à une source, encore que l'eau de cette source fût en si grande abondance que le propriétaire du fonds servant ne pût l'utiliser complètement. Aussi voyons-nous Basnage nous dire : « Les personnes et les choses étaient libres et exemptes de servitude par le droit de nature, l'avarice et l'ambition ont détruit cette liberté et introduit l'esclavage sur les personnes et la servitude sur les biens (2). »

L'indignation de Basnage a été soulevée par les servitudes personnelles de l'ancien droit, ces servitudes que les rédacteurs du Code civil prennent tant de soins de répudier, notamment aux articles 637 et 686, et dont ils évitent même de prononcer le nom. Mais, si l'appréciation de Basnage est exacte pour l'esclavage et les servitudes personnelles, elle est fausse pour les servitudes entendues

(1) Rapport de M. Albisson au tribunat dans la séance du 7 pluviôse an XII (28 janv. 1804), Loaré, *Législation civile*, t. VIII, p. 381.

(2) Œuvres de Basnage contenant ses commentaires sur la coutume de Normandie, t. II, p. 558, 4^e édition. Rouen, 1778.

dans le sens que le droit romain et le Code civil ont voulu donner à cette expression.

Brodeau, se laissant également entraîner par l'assimilation entre les servitudes et l'esclavage, nous dit : « La constitution de la servitude sur les héritages, contraire au droit de nature, a été introduite, non par le droit des gens, comme la servitude de la personne, mais par l'autorité publique du droit civil, commun et général à ceux qui les premiers ont construit des villes et des maisons et distribué par colonies et ensuite ont divisé, partagé, borné et limité les héritages (1). »

Mais, dès cette époque, on commence à voir les servitudes réelles avec moins d'hostilité. Lalaure, dans son excellent *Traité des servitudes*, réfute l'opinion de Brodeau et de Basnage, et après avoir examiné rapidement l'origine des servitudes, termine ainsi son chapitre second : « Les servitudes dérivent donc non de l'ambition et de l'avarice des hommes, mais d'une source bien plus pure, puisque ce sont les situations naturelles des terrains, les lois du prince, l'intérêt public et les conventions entre voisins qui leur ont donné l'être et qui ont produit les règlements et les statuts que l'on observe aujourd'hui parmi toutes les nations policées (2). »

Pour faire ressortir les bienfaits qui découlent des servitudes réelles, et avant d'entrer dans l'examen approfondi de leurs modes de constitution aux deux époques principales de l'histoire du droit, à Rome et dans la

(1) Brodeau, *Commentaire sur l'art. 186 de la Cout. de Paris*, p. 496, 2^e édition. Paris, 1660.

(2) Lalaure, *Traité des servitudes*, chap. II, de l'Origine des servitudes, p. 18 *in fine*. Paris, 1761.

France de 1804, nous allons essayer d'esquisser très rapidement les origines des servitudes.

L'histoire des servitudes se confond avec celle de la propriété. Pour découvrir leurs manifestations premières, nous devons nous reporter au genre de vie qu'ont mené nos ancêtres. Sans nous arrêter à la théorie de Rousseau sur le contrat social, aujourd'hui à peu près universellement abandonnée, si nous remontons aux époques les plus reculées sur lesquelles l'histoire nous fournit quelques renseignements, nous trouvons les hommes réunis en tribus et menant une vie nomade. Leurs troupeaux constituent leur seule richesse, ils les poussent devant eux de pâturages en pâturages dans leurs vastes domaines. Ces domaines appartiennent à la tribu ou à la nation tout entière. Plus tard, la tribu, devenue trop nombreuse pour se transporter facilement, s'établit sur le bord d'un fleuve ou au fond d'une riche vallée et s'attache à la culture. La propriété du sol appartient toujours à la tribu et on fait périodiquement des partages de jouissance. Cette propriété collective se retrouve à la naissance de tous les peuples. Sir Henry Summer Maine (1) en Angleterre d'une part, MM. Nasse en Allemagne, Paul Viollet (2) en France, et de Laveleye (3) en Belgique, de l'autre, ont établi historiquement, il y a quelques années, le caractère collectif des premières propriétés immobilières. M. Charles Giraud

(1) Summer Maine, *L'Ancien Droit*, traduction Courcelle-Seneuil, p. 256 et suiv. Paris, 1874.

(2) Paul Viollet, *Dissertation sur le caractère collectif des premières propriétés immobilières*, publiée dans la bibliothèque de l'école des chartes. Année 1872, t. 33, p. 455 et suiv.

(3) De Laveleye, *De la Propriété et de ses formes primitives*, chap. IX, p. 145 et suiv., 2^e édition. Paris, 1877.

avait déjà démontré l'existence dans une certaine mesure de la communauté des terres chez les Romains à l'époque primitive.

— A la propriété collective de la tribu succède la copropriété de famille (2). Dès le jour où des partages de

(1) Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, t. I, p. 49 *in fine*, et 50. Paris, 1838.

(2) La théorie, énoncée au texte, qui fait de la collectivité des terres le premier stade nécessaire de l'humanité, a trouvé de récents adversaires. Elle a été combattue, en France, par M. Belot (*Etude sur Nantucket*, dans l'annuaire de la Faculté des lettres de Lyon, année 1884, p. 91) et par M. Fustel de Coulanges (*Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, 2^e partie: *les Germains connaissaient-ils la propriété des terres*, chap. VII à X inclus, notamment p. 314 *in medio* et 315); en Angleterre, par Demnan Ross (*The Early history of Land holding among the Germans*. Boston, 1883; voir en particulier en ce qui concerne les servitudes, p. 41, 42 et suiv. et les notes 106, 107 et 108); en Allemagne, par Inama (*Die ausbildung der grossen Grundherrschaften in deutschland während des Karolinger zeit*. Leipsig, 1878); et Sternegg, (*Deutsche Virthschaftsgeschichte bei zum Schluss des Karolinger periode*. Leipsig, 1879). Ces différents auteurs, à l'exception du premier, s'attachent surtout à démontrer que la collectivité des terres n'a pas existé chez les anciens Germains. Ils ne peuvent nier le fait de la jouissance en commun de certaines terres, mais ils cherchent à l'expliquer en déclarant qu'il n'y avait pas là des terres communes mais des terres indivises. La différence est grande entre les deux hypothèses. La collectivité est un fait politique, elle implique la négation du droit individuel, et attribue à l'Etat la propriété des terres communes. L'indivision, au contraire, est la communauté ayant à sa base le droit individuel, elle aboutit forcément à la propriété privée. Cette indivision, suivant Demnan Ross, serait le résultat de la vie en commun et du défaut de partages après décès. D'après MM. Bellot, Inama et Sternegg, la propriété a d'abord revêtu la forme individuelle, qui est sa forme normale; si, dans certains cas, elle s'est transformée momentanément en propriété commune, cela tient aux conditions économiques défavorables dans lesquelles ont vécu les peuplades chez lesquelles ce fait s'est produit.

Si nous avons cru devoir signaler, dans cette note, les divergences qui existent sur cette question entre les auteurs modernes, c'est uniquement à raison de l'intérêt considérable que peut présenter leur étude au point de vue théorique et scientifique; elles ne portent pas atteinte en effet aux solutions données au texte à propos de l'origine des servitudes, car l'existence de certains rapports d'indivision entre les possesseurs du sol, qui a servi de base à notre raisonnement, ne saurait être contestée pour l'époque préhistorique. Le caractère juridique à attribuer à la communauté des terres, et la place à lui assigner parmi les diverses phases de l'histoire de la propriété font seuls l'objet de la discussion.

jouissance ont lieu, il s'établit des relations de voisinage entre les possesseurs des parcelles voisines, le fonds détenu par l'un d'eux est-il situé plus bas que l'héritage limitrophe, il est obligé de recevoir les eaux qui découlent de cet héritage. Nous trouvons là la trace des servitudes naturelles, les premières en date par la force même des choses. L'autorité villageoise est chargée de composer les divers lots, le sort les attribuera ensuite à chaque famille. Ces lots, quoi qu'elle fasse, ne présenteront pas toujours les mêmes avantages ; quelques-unes des terres, par exemple, bordent un cours d'eau, alors que d'autres sont situées sur le flanc d'une colline où il n'existe pas de source. Pour sauvegarder dans la mesure du possible, les intérêts de tous, il demeure convenu à l'avance que les individus, dont la part sera formée avec les héritages placés le long de la rivière, devront laisser les possesseurs des autres immeubles s'en approcher en passant sur leurs parcelles. Ceux-ci pourront ainsi venir puiser de l'eau soit pour abreuver leurs bestiaux, soit pour leurs besoins personnels, soit pour l'arrosage de leurs récoltes. Ce sont en quelque sorte des servitudes légales. Les nécessités pratiques devaient dicter de semblables conditions lors des partages de jouissance, et les détenteurs des parcelles soumises au passage et au puisage, supportaient d'autant mieux les droits des voisins sur leurs fonds, qu'ils n'en étaient pas véritables propriétaires. Il suit de là qu'ils devaient facilement concéder des droits de même nature, au cas où l'autorité villageoise avait omis d'en établir suffisamment lors de la répartition des terres. Si ces concessions ne constituent pas en réalité des servitudes proprement dites, elles en procurent du moins tous les avantages, et c'est à l'imitation de ces droits que furent créées, plus tard,

les servitudes véritables, lorsque la propriété individuelle exista.

L'attribution des lots avait dû être faite d'abord à chaque famille, les membres de la tribu étant peu nombreux, mais avec l'augmentation de la population, il devint nécessaire à un moment donné, de diviser la tribu en bourgades distinctes, ayant chacune une fraction de territoire déterminée, il fallut fixer les limites de chaque village. D'où la servitude de bornage rangée chez nous au nombre des servitudes légales. Le bornage ne se comprend que lorsque plusieurs peuplades de la même nation obéissent à un chef suprême assez fort pour imposer à toutes son autorité et faire respecter ses lois ; c'est lui qui délimite le territoire spécial attribué à chacune d'elles. Le bornage remonte à une haute antiquité, il était déjà connu en Judée, les lois de Moïse contenaient des dispositions s'y référant (1).

A une certaine époque, les partages de jouissance cessèrent d'avoir lieu, les détenteurs du sol furent déclarés propriétaires des parcelles qui leur avaient été concédées ; comme les lots avaient été répartis entre les différentes familles, la propriété passa à chaque famille prise dans son ensemble, et non pas à ses divers membres envisagés isolément, c'est ce qui explique pourquoi la propriété collective de la tribu fut remplacée par la copropriété de famille. Sous ce régime, les relations de bon voisinage ne purent que s'accroître, les propriétaires voisins étant en général parents. Il existait alors, comme dans la période précédente, des espèces de servitudes de

(1) Flavius Joseph, *Histoire ancienne des Juifs*, liv. IV, chap. VIII, p. 99, Edit. Buchon. Paris, 1836.

fait, mais c'est seulement lorsque la propriété individuelle eut succédé à la copropriété de famille, qu'on vit apparaître de véritables servitudes établies comme droits réels. Les nécessités pratiques qui, au temps de la propriété collective, avaient fait concéder au possesseur d'un fonds certains droits sur un autre fonds, se faisaient également sentir. L'autorité supérieure n'ayant plus qualité pour imposer ces droits, l'intérêt des particuliers engagea ceux-ci à les conserver, c'est ce qu'ils durent faire sans difficulté, habitués qu'ils étaient à voir les héritages se rendre les uns aux autres des services de ce genre.

Soit deux fonds voisins, le fonds A et le fonds B. Dans le premier se trouve une source très abondante d'où s'échappe un ruisseau; l'eau est rare dans le second. S'il se passe quelques semaines sans pluie, le propriétaire du fonds B voit bientôt son bétail languissant chercher en vain une chétive nourriture dans ses prairies que les rayons ardents du soleil ont transformées en landes arides. Son voisin, cependant, grâce aux irrigations qu'il pratique, a toujours de frais pâturages. Le maître du fonds B sera disposé à faire d'assez grands sacrifices pour obtenir de lui le droit de prendre de l'eau dans son ruisseau et de la conduire à l'aide d'un aqueduc jusque sur son fonds. Le propriétaire du fonds A, qui a plus d'eau qu'il n'en peut utiliser, l'autorisera sans peine à venir abreuver chez lui ses troupeaux et à construire l'aqueduc demandé, pour conduire de l'eau dans ses prairies afin de les irriguer. La pose de l'aqueduc et le passage du voisin sur ses terres, pour venir visiter son bon fonctionnement, lui causeront, il est vrai, une gêne légère, mais elle sera compensée et au delà par l'indemnité qui lui sera payée. C'est donc bien, comme

nous le disions, l'intérêt (1) commun des parties qui a entraîné les concessions du genre de celle que nous venons de prendre pour exemple. Ce sont ces restrictions au droit de propriété, consenties par le propriétaire lui-même, qui constituent les servitudes.

La base, que nous assignons à la création des servitudes prédiales, va nous servir à indiquer, d'une façon approximative, l'ordre dans lequel ces servitudes se sont développées en droit romain. Chez une nation où l'on allait enlever Cincinnatus à sa charrue pour en faire un dictateur, les considérations d'économie agricole devaient être prédominantes. Quelles servitudes pouvaient offrir plus d'intérêt pour un tel peuple que les servitudes d'eaux et de chemins ! Ne sont-elles pas de nature à assurer la meilleure exploitation possible des campagnes ? Le paysan romain comprenait tout leur prix, mais il ne devait pas estimer bien cher une perspective agréable assurée par une servitude *ne prospectui officiatur*. Aussi les servitudes rurales virent-elles le jour bien longtemps avant les servitudes urbaines. Leur ancienneté ressort bien de ce fait qu'elles figurent au nombre des *res mancipi*, faveur qui est refusée aux servitudes urbaines. Parmi les servitudes rurales, les premières en date, nous l'indiquons il y a un instant, sont les servitudes de passage et celles relatives aux eaux. Les servitudes d'aqueduc et de puisage furent, en effet, celles dont le besoin se fit d'abord sentir ; les servitudes

(1) M. de Jhering (*Esprit du droit romain*, traduction de Meulenaere, t. IV, p. 324, 325 et 330, 2^e édit. Paris, 1880) démontre, de la façon la plus certaine, que l'intérêt est la condition et le but de la création de tous les droits. Le développement du droit des servitudes prédiales, qu'il examine à ce propos, lui fournit un argument en faveur de sa théorie.

de passage, connues sous le nom d'*iter* et d'*actus*, durent prendre naissance en même temps qu'elles ; elles étaient indispensables à leur exercice. Ce sont précisément ces quatre servitudes qui se trouvent énumérées dans la plus ancienne liste des servitudes rurales que nous possédions : « *Aquæductus, haustus, iter, actus a patre : sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur* (1).

Si nous nous reportons aux textes de l'époque classique, nous voyons mentionnée, à côté de l'*iter* et de l'*actus*, une troisième servitude de passage qui prend le nom de *via*. On a contesté son existence, MM. Puchta et Hugo, qui ont rallié à leur doctrine un bon nombre de partisans, pensent que par *via* il faut entendre uniquement les passages publics. Ce serait à des passages de ce genre que se référerait la loi 8 au Dig., *De serv. præd. rustic.*, VIII, 3, dans laquelle Gaius nous rapporte que la loi des Douze Tables fixait la largeur de la *via* à huit pieds en ligne droite et à seize pieds dans les tournants. Cette largeur, fait-on remarquer, est la même que celle attribuée par les *agrimensores*, aux *limites subruncivi* qui constituaient en Italie une nombreuse classe de voies publiques. Cicéron, ajoutent ces auteurs, lorsqu'il parle de la servitude de passage, mentionne seulement l'*iter* et l'*actus* (2). Il ne se sert jamais de l'expression *via* que pour désigner soit toute voie de communication d'une façon générale, soit un chemin public. Telle est notamment sa signification dans le fragment où il rappelle l'obligation pour les

(1) Cicéron, *Pro Cæcina*, § 26.

(2) Cic. *Pro Cæcina*, § 26.

riverains, nommés *amsegetes* (1), d'entretenir la voie à peine de fournir le passage sur leur propre fonds (2).

Nous ne trouvons jamais le mot *via* employé avec le sens de servitude de passage jusqu'à l'époque des jurisconsultes classiques (3). Aussi l'argumentation de Puchta et d'Hugo nous paraît-elle péremptoire pour cette époque, d'autant plus que l'*iter* et l'*actus* donnaient satisfaction à tous les besoins sérieux, avec *ire*, *agere*, *vehere* (4). Mais en présence des textes (5) nombreux du Digeste, dans lesquels nous trouvons le mot *via* figurant à côté de *iter* et *actus*, nous ne pouvons nous refuser à reconnaître qu'à l'époque classique *via* formait un troisième terme de la servitude de passage et désignait les passages privés aussi bien que les passages publics.

La différence principale entre *via*, d'une part, et *actus*

(1) « *Amsegetes dicuntur quorum ager viam tangit.* » Festus, *vº Amsegetes*, dans Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, p. 263, 4^e édition. Fribourg, 1879.

(2) Cic. *Pro Cæcina*, § 19; Cf. Festus, *de Significatione Verborum*, liv. XIX, au mot *Via*. On lit dans les Douze Tables, nous dit Festus, à ce passage : « *Amsegetes vias muniunto, dionisam lapides sunt, ni munierint qua volent jumenta agito.* »

(3) Varron, *De lingua latina*, liv. V, § 22 et 35, fait dériver *via* de *vehere*, mais rien ne prouve qu'il ait entendu employer cette expression pour désigner un passage privé plutôt qu'un passage public. C'est donc bien à tort, selon nous, qu'on a fait intervenir son témoignage dans la discussion. Si l'on tient, cependant, à faire figurer ces textes au débat, nous croyons qu'il faut tenir compte pour les interpréter du § 8 qui précède. Dans ce dernier fragment le mot *via* s'était déjà trouvé sous la plume de Varron ; et il n'est pas douteux qu'il lui ait attribué le sens de voie publique, à raison des mots *oppidum* et *vicus* qui l'accompagnaient.

(4) L. 7 *pr.* et l. 12, Dig., *De serv. præd. rustic.*, VIII, 3.

(5) Gaius, l. 5, Dig., *De serv.*, VIII, 1; Celsus, l. 9 *eod. tit.*; Pomponius, lois 13 et 17 *eod. tit.*; Javolénus, l. 20 *eod. tit.* et l. 13, Dig., VIII, 3; Africain, l. 32, Dig., VIII, 3; Ulpien, lois 1 et 18, *eod. tit.*; Paul, lois 7, 23, 26, 38 *eod. tit.*

et *iter* de l'autre, c'est que le passage, dans le dernier cas, s'exerçait en un lieu quelconque du fonds servant, tandis que, dans le premier, il avait lieu par un endroit déterminé aménagé à cet effet; un chemin tracé était indispensable. L'*iter* et l'*actus*, pour cette cause, n'avaient pas de largeur fixe, toutefois, la convention qui les établissait, pouvait, dans l'intérêt des deux contractants, indiquer la partie du fonds par laquelle on devrait passer. Cette détermination avait toujours lieu lorsque l'*iter* et l'*actus* venaient à être constitués par legs (1). Ce fut sans doute la fréquence des conventions de ce genre qui amena la création d'une troisième servitude de passage appelée *via*. Si Cicéron n'en parle pas, c'est que, de son temps, elle n'existait pas encore. Elle dut voir le jour au I^{er} siècle de notre ère, puisque Javolénus, l'un des plus anciens jurisconsultes dont les compilateurs des Pandectes aient reproduit les écrits, la met en opposition avec l'*iter* et l'*actus* (2). Cette nouvelle servitude correspond à des besoins nouveaux. On est à une époque où l'on n'admet plus seulement les servitudes absolument indispensables, mais même celles simplement utiles ou agréables. La population est devenue plus dense et l'activité de la circulation a augmenté, il est naturel de multiplier de plus en plus les chemins frayés.

Un particulier, en concédant le droit de *via* à travers son fonds, pouvait fixer la largeur du chemin pourvu qu'une voiture pût y passer (3). En cas de silence des parties à cet égard, il était sous-entendu que la largeur de la voie était celle déterminée par la loi, *latitudo legitima*

(1) L. 13. § 1, Dig., VIII, 3.

(2) L. 13, § 2, Dig., *eod. tit.*

(3) L. 23 *prin.*, Dig., *eod. tit.*

debetur, nous dit Javolénus (1). Cette largeur était celle de la loi des Douze Tables indiquée par Gaius, à la loi 8, au Dig., VIII, 3. On comprend très bien, dès lors, que l'on ait inséré sous la rubrique : *De serv. præd. rust.*, cette loi 8, alors même que sa disposition aurait eu seulement trait à la largeur des voies publiques ; puisque c'était la largeur en usage d'ordinaire pour les voies privées. Ce ne serait pas d'ailleurs la seule disposition du liv. VIII, tit. III, relative au droit public. La loi 17, en effet, se réfère à une concession d'eau sur un fleuve public ; il ne s'agit pas là non plus d'une servitude instituée entre particuliers. La place de la loi 8 au Dig., VIII, 3, ne démontre donc pas, comme certains auteurs l'ont soutenu, que l'explication qu'en a donnée Puchta soit dénuée de fondement.

Le système éclectique, que nous venons d'indiquer, présente le double avantage de rendre compte à la fois du texte de Cicéron et des fragments divers des jurisconsultes de l'époque classique. Telle est la raison pour laquelle nous avons cru devoir l'adopter.

Les progrès de l'économie agricole, qui nécessitaient des voies de communication plus commodes, avaient aussi donné naissance aux autres servitudes rurales. Puis, peu à peu, on s'habitua à vivre davantage dans les villes, des constructions nouvelles s'élevèrent à côté de celles déjà existantes : le luxe grandit, les besoins de bien-être augmentèrent, ce fut ce qui amena l'établissement des servitudes urbaines. Elles ne doivent point leur origine, nous dit M. de Jhering, à un élargissement de la pensée juridique, du coup d'œil intellectuel. Elles naquirent sous la pression des inté-

(1) L. 13, § 2, Dig., *eod. tit.*

rêts et des besoins ; la vie arracha leur consécration à la jurisprudence. Celle-ci dut reconnaître que l'agrément et le charme de l'habitation sont aussi des intérêts qui méritent d'être protégés en droit, et que la mesure de l'utilité immédiate que l'époque ancienne appliquait aux servitudes était devenue trop étroite pour l'époque nouvelle (1).

L'utilité étant la raison d'être et la mesure de la création des servitudes, celles-là seules prennent naissance, qui peuvent procurer quelque avantage ou présenter quelque agrément, c'est ce qui explique pourquoi certaines servitudes urbaines, admises de nos jours, étaient inconnues en droit romain. La mitoyenneté n'existait pas. Elle ne pouvait se concevoir à Rome où les maisons étaient des *insulæ*. Il fallait laisser autour d'elles un espace de deux pieds et demi qui constituait l'*ambitus* ou enceinte sacrée des dieux domestiques (2). Pour le même motif, les servitudes *oneris ferendi et tigni immittendi* ne devinrent possibles qu'assez tard quand les idées religieuses tombèrent en désuétude.

Tant que les servitudes n'avaient fait que correspondre à des besoins de première nécessité, elles n'avaient pas été réglementées, la pratique seule avait suffi pour les créer et les maintenir. Avec le développement de la civilisation on en était venu à constituer des servitudes, dont le but était simplement de rendre plus agréable l'habitation des maisons ou plus commode l'exploitation des fonds de terre. La multiplicité trop grande de semblables concessions

(1) De Jhering, *Esprit du droit romain*. (Traduction de Meulenaere), t. IV, p. 340 *in fine* et 341, 2^e édit. Paris, 1880. Voyez aussi à propos de l'origine des servitudes prédiales à Rome, le t. III du même ouvrage, p. 120, note 126 *in fine*.

(2) Fustel de Coulanges, *La cité antique*, liv. II, chap. VI, p. 66, 6^e édit.

aurait pu, à la longue, présenter des dangers et arriver à annihiler presque complètement les droits du propriétaire, si on n'en eût limité la portée. C'est à ce moment que les jurisconsultes romains s'emparèrent de la matière pour la réglementer; de là les règles théoriques que nous aurons bientôt à exposer. La loi intervint, de son côté, pour imposer, dans l'intérêt général, certaines restrictions au droit de propriété ou certaines obligations rendues nécessaires par le raffinement du goût, l'adoucissement des mœurs et l'augmentation de la population. Ce sont les servitudes légales.

Ces trois espèces de servitudes, naturelles, légales et conventionnelles, dont nous venons de décrire les origines et dont nous avons fait ressortir, nous l'espérons, le caractère d'utilité, se retrouvent dans notre législation. Elles rentrent toutes sous le nom générique de servitudes prédiales. Les modes d'acquisition de ces servitudes, à Rome, feront l'objet de notre examen dans la première partie de notre thèse; et nous nous demanderons, dans la seconde, comment s'établissent en droit français les servitudes du fait de l'homme. Toutefois, nous considérons comme indispensable pour la clarté de notre travail de fournir, préalablement, quelques notions générales sur les caractères et les divisions principales des servitudes qui font l'objet de notre étude.

PREMIÈRE PARTIE

DROIT ROMAIN

DE L'ACQUISITION DES SERVITUDES PRÉDIALES

PRÉLIMINAIRES.

Les documents historiques qui nous sont parvenus nous permettent d'affirmer que la propriété individuelle était usitée à Rome dès les premières années de sa fondation. Elle fut toujours pratiquée pour le sol romain (1). La propriété collective existait, il est vrai, à côté d'elle, mais elle ne s'appliquait qu'aux territoires conquis. A certaines

(1) Fustel de Coulanges, *La cité antique*, p. 63 et note 1, 6^e édit.

époques, ces terres étaient partagées entre tous les citoyens pour devenir, à leur tour, l'objet de la propriété privée ; le plus important de ces partages a lieu sous le règne de Numa Pompilius. Ce prince divise par parts viriles entre tous les citoyens les terres conquises par Romulus, son prédécesseur (1), et prend des mesures extrêmement sévères pour faire respecter le droit des propriétaires. Il le place sous la sauvegarde de la religion ; les bornes ou termes qui servent de limites aux propriétés sont divinisés, le téméraire qui ose porter sur eux une main sacrilège ou qui les accroche avec le soc de sa charrue est puni de mort ; lui et ses bœufs sont immolés comme victimes expiatoires pour apaiser la colère des dieux (2).

Le droit de propriété, ainsi constitué, a pour caractère propre d'être absolu et exclusif. On le désigne à Rome sous le nom de *dominium*, il confère au propriétaire sur sa chose trois facultés distinctes :

Le *jus utendi*, ou droit de se servir de la chose telle qu'elle est.

Le *jus fruendi*, droit de recueillir les fruits ou les produits.

Le *jus abutendi*, droit de disposer de la chose à son gré, de la vendre, de la détruire.

(1) *Ac primum, Numa, agros quos bello Romulus ceperat, divisit viritum civibus, docuitque sine depopulatione atque præda posse eos colendis agris abundare commodis omnibus, amoremque eis otii et pacis injectit.....* (Cicéron, *De Republica*, liv. II, § 14.) Voyez aussi Denys d'Halicarnasse, *Antiquit. roman.*, p. 123, lin. 29 à 36 ; édition accompagnée d'une traduction latine. Francfort, 1586.

(2) « *Termino sacra faciebant, quod in ejus tutela fines agrorum esse putabant. Denique Numa Pompilius statuit, eum, qui terminum exarasset, et ipsum et boves sacros esse.* »..... Festus, *De Signifi. Verbo*. Traduction Savagner, collection Panckoucke, t. II, p. 665 in fine et 666, v^o *Terminus*. Edit. Paris, 1846.

Mais il peut se faire que ces divers droits n'appartiennent pas à la même personne. On dit alors que la propriété est démembreée. On appelle *fundus maximus optimusque* le fonds sur lequel on a la pleine propriété. On appelle *fundus serviens* le fonds grevé de servitude. C'est le fonds servant auquel on oppose le fonds dominant, *fundus cui servitus debetur*.

Par servitude on désigne dans un sens large une restriction au droit de propriété, un démembrement quelconque de ce droit. La servitude *lato sensu* comprendra donc l'hypothèque, l'emphytéose et la superficie, car ce sont des limitations au droit de propriété.

Dans un sens restreint, il faut entendre par servitude un droit réel en vertu duquel une chose est astreinte à certains services, soit envers une personne déterminée, *servitus personarum*, soit envers un fonds quel qu'en soit le propriétaire, *servitus prædiorum* ou *rerum*. Les servitudes à Rome étaient donc de deux sortes : Servitudes personnelles et servitudes réelles.

Nous ne nous occuperons que de ces dernières, et seulement quant à la manière dont on pouvait les constituer. Mais auparavant, nous ne saurions nous dispenser d'indiquer à grands traits les principaux caractères communs à toutes les servitudes, et en particulier les règles qui régissent toutes les servitudes réelles ou prédiales. Nous signalerons ensuite les principales divisions des servitudes réelles, insistant tout spécialement sur leur division en prédiales urbaines et prédiales rustiques, que nous ne croyons pouvoir passer sous silence à raison des controverses qui ont divisé les auteurs modernes sur le point de savoir à quel *criterium* les Romains se sont attachés pour faire cette distinction. Ces trois points feront l'objet

d'un chapitre premier. Nous entrerons dans le vif du sujet en abordant, avec notre chapitre second, l'étude des modes d'établissement des servitudes prédiales.

Nous nous demanderons, dans un appendice, ce que les Romains entendaient par servitudes tacites, et s'il se rencontrait, chez eux, un mode de constitution des servitudes correspondant à celui connu dans notre droit sous le nom de *destination du père de famille*.

Enfin, un troisième chapitre sera consacré à l'étude des modalités qui peuvent affecter l'établissement des servitudes prédiales.

CHAPITRE I^{er}.

Notions générales.

§ 1.

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES.

Ces caractères peuvent se ramener à trois propositions que nous allons successivement passer en revue.

Première proposition. — Toute servitude constitue un droit réel, démembrement de la propriété, un *jus in re aliena*. C'est une restriction au droit de propriété du maître du fonds servant. Cette restriction, toutefois, doit, de toute nécessité, être avantageuse à une personne pour

qu'il y ait servitude personnelle, ou augmenter la valeur du fonds dominant pour qu'il y ait servitude prédiale (1). Il est à remarquer qu'un avantage analogue à celui conféré par la servitude au propriétaire du fonds dominant, peut aussi lui être concédé à titre de droit purement personnel, en vertu d'une simple obligation. Il faut séparer avec soin le cas où il y a servitude de celui où il y a obligation. Un exemple fera bien saisir tout l'intérêt de la distinction : Primus, propriétaire du fonds A, veut obtenir le droit de passer sur le fonds B qui appartient à Secundus, son voisin. Il peut atteindre ce résultat par deux procédés différents :

1^o Il peut obtenir la concession d'une servitude sur le fonds B, il sera titulaire d'une servitude de passage, par exemple.

2^o Il peut intervenir une simple convention entre Primus et Secundus, par laquelle celui-ci s'engage à le laisser passer, c'est un droit de créance et non une servitude.

L'intérêt pratique de cette distinction apparaît au cas où Secundus viendrait à vendre son fonds après avoir concédé le droit de passer à Primus. Si Secundus est titulaire d'une servitude, il l'exercera vis-à-vis de l'acquéreur du fonds comme il l'exerçait vis-à-vis de Secundus; l'acquéreur a acquis la propriété démembrée.

Si Secundus s'était simplement obligé à laisser passer Primus, l'acquéreur lui répondra : Je ne suis pas tenu d'observer les conventions intervenues entre mon vendeur et vous. Adressez-vous à votre débiteur, réclamez-lui des

(1) Loi 86, Dig., *De Verbo. signif.*, L, 16 ; Cf. l. 15 *prin.*, Dig., *De servi.* VIII, 1. Voyez aussi, sur ce caractère d'utilité que doit présenter la servitude, de Jhering, *Espr. du dr. rom.*, t. II, p. 226.

dommages-intérêts, quant à moi, je suis plein propriétaire. La servitude est donc bien un droit réel puisqu'elle confère le droit de suite. Le droit réel par excellence, c'est la propriété. La servitude qui en est un démembrement lui emprunte ce caractère. On comprend très bien ce droit, abstraction faite de toute idée de personne et de toute obligation individuelle. On objecte cependant que l'usufruit est une servitude personnelle. Sans doute, parce que l'usufruit est toujours accordé à une personne, mais ce n'en est pas moins un droit réel, car il comporte le droit de suite. Ainsi, j'ai l'usufruit d'un fonds, le propriétaire aliène ce fonds, je conserve le droit d'usufruit vis-à-vis de l'acquéreur.

Deux conséquences découlent de l'idée que la servitude est un amoindrissement du droit naturellement absolu du propriétaire du fonds servant.

1° Il est impossible qu'un propriétaire ait une servitude quelconque sur sa propre chose, car il y aurait contradiction à admettre qu'une restriction au droit de propriété profitât au propriétaire du fonds lui-même. Si ce propriétaire, en effet, est investi de tous les attributs réunis du droit de propriété, il est impossible qu'il en ait des fragments séparés. De là, l'adage *Nemini res sua servit* (1).

2° Les servitudes sont de stricte interprétation; on ne peut pas les étendre. A celui qui en réclame une d'en prouver l'existence, car, de droit commun, les fonds sont faits pour procurer de l'utilité à leur propriétaire et à lui seul (2).

(1) L. 26, Dig., *De Servi. præd. urba.*, VIII, 2. La loi 10 *Com. præd. tam urba. quam rusti.* reproduit la même idée en ces termes « *Nemo ipse sibi servitutem debet.* »

(2) Loi 9, Co., *De Servi. et aqua.* III, 34.

Deuxième proposition. — Toute servitude constitue un rapport entre une chose et une personne déterminée : servitude personnelle, droit d'usufruit ; ou entre deux fonds, servitude réelle. Le rapport peut subsister aussi longtemps que les deux termes dont il est formé. Mais le rapport se trouve modifié si l'un de ces termes seul est changé. Il suit de là que les servitudes personnelles sont viagères, l'un des termes du rapport se trouvant modifié nécessairement à la mort du titulaire de la servitude, de l'usufruitier par exemple. Au contraire, les servitudes prédiales sont perpétuelles, car les choses qui en forment le sujet actif et le sujet passif périssent difficilement puisque ce sont des immeubles. L'aliénation de l'un de ces immeubles n'empêche pas le maintien de la servitude (1).

Troisième proposition. — Toute servitude consiste pour le propriétaire du fonds servant à laisser faire ou à ne pas faire, mais jamais à faire. « *Servitutum non ea est natura ut aliquid faciat quis sed ut aliquid, patiatur, vel non faciat* (2). » Le titulaire du droit de propriété ne peut exiger en vertu de son droit que l'abstention, il ne peut exiger un droit positif de qui que ce soit. La servitude, démembrement du droit de propriété, ne peut concéder à celui qui en est investi un droit plus complet que celui du propriétaire lui-même. Il ne pourra donc forcer les tiers, et le propriétaire du fonds servant en est un, qu'à le laisser faire et jamais à faire quoi que ce soit. Cette règle absolue comporte cependant une exception unique en droit romain. Il y a une servitude qui impose l'action, c'est la servitude d'appui *oneris ferendi*, le droit d'appuyer une

(1) Loi 12, Dig., *Commu. præd.*, VIII, 4.

(2) Loi 15, § 1, Dig., *De Servi.*, VIII, 1.

poutre sur le mur du voisin. Le propriétaire du fonds servant est obligé d'entretenir le mur, et cette charge d'entretenir le mur est une servitude et non une obligation. En effet, si c'était une obligation, Primus, bien qu'ayant aliéné son fonds, resterait chargé de l'entretien du mur ; tandis que cette nécessité passe à tous les acquéreurs. Ils ne peuvent s'en décharger qu'en abandonnant la propriété du mur, ce que pouvait déjà faire la personne qui avait constitué la servitude. Ce droit d'abandon, formellement consacré à l'art. 699 de notre Code, existait déjà en droit romain (1). L'exception paraît venir, comme nous le fait remarquer le jurisconsulte Paul, dans la loi 33, *De Serv. præd. urb.*, VIII, 2, de ce qu'il était d'usage dans le titre constitutif de la servitude *oneris ferendi* d'insérer cette clause : « *Paries oneri ferendo uti nunc est ita sit.* » Que le mur de soutènement reste toujours tel qu'il est, ce qui signifiait, ajoute Paul, que le mur devrait être entretenu dans l'état actuel.

§ 2.

RÈGLES COMMUNES A TOUTES LES SERVITUDES PRÉDIALES.

Les servitudes prédiales, au début, avaient été imposées par l'usage, aussi n'étaient-elles pas réglementées ; il n'existait alors que celles absolument indispensables aux intérêts de l'agriculture ; plus tard, lorsqu'elles se multiplièrent, elles ne correspondaient pas toujours à des besoins

(1) Loi 6, § 2, Dig , *Si servi. vindi.*, VIII, 5.

sérieux, les juriconsultes s'aperçurent alors que les avantages qu'elles procuraient étaient contrebalancés par des inconvénients assez graves, ils voulurent en conséquence limiter leurs cas d'application et posèrent dans ce but un certain nombre de règles théoriques. Ils les ont tirées, le plus souvent, de la nature même des servitudes. Nous avons déjà étudié quelques-unes d'entre elles dans le paragraphe précédent, en indiquant les caractères généraux des servitudes. Voyons, avec un peu plus de détails, les règles particulières aux servitudes prédiales.

La servitude prédale consiste dans l'attribution à un fonds déterminé d'une portion des avantages compris dans la propriété d'un autre fonds appartenant à un propriétaire différent.

La servitude prédale suppose donc nécessairement deux fonds appartenant à des propriétaires différents. Les deux fonds sont indispensables, puisque la charge imposée à l'un d'eux doit profiter à l'autre et non pas à une personne déterminée. Mais pour comprendre une relation entre ces deux fonds, leur situation doit être telle que rien ne s'oppose à l'utilité effective de la servitude. Ulpien nous dit dans la loi 5 § 1, Dig., *De Servit. præd. rusti.*, VIII, 3, que les deux fonds doivent être voisins. Il faut bien se garder d'entendre trop littéralement le mot *vicinum* contenu dans ce texte. Souvent la contiguité sera nécessaire pour que la servitude puisse se concevoir, exemple : pour la servitude *tigni immittendi*, droit d'appuyer contre le mur du voisin des matériaux de construction ou des ouvrages légers. Mais, dans nombre d'autres cas, il suffit que les fonds soient limitrophes, exemple : pour les servitudes d'aqueduc, de puisage, de passage, elles ne perdront rien de leur avantage, si le propriétaire du fonds dominant

est séparé du fonds servant par une voie publique ou par une bande de terre également asservie appartenant à un autre particulier. Une inscription (1), relevée sur un aqueduc de Viterbe, nous a conservé le souvenir d'une servitude de ce genre. Elle constate qu'un personnage consulaire du nom de Valérius Végétus s'était fait concéder l'eau d'une source située dans un fonds distant de plusieurs milliers de pas d'un domaine lui appartenant. Il conduisit cette eau dans son fonds, par un tuyau de six pieds de haut sur dix de large, en traversant plusieurs voies publiques et les fonds intermédiaires appartenant à dix propriétaires différents environ, mais il avait préalablement acheté de ces divers propriétaires le droit de faire passer l'aqueduc par leur terrain et avait obtenu par un sénatus-consulte le droit de lui faire traverser les voies publiques. Ceci prouve que le voisinage immédiat des deux fonds n'était pas requis, puisqu'une servitude peut exister, ainsi que cela résulte de l'inscription dont nous venons de rapporter les termes, entre deux fonds fort éloignés l'un de l'autre et séparés par dix propriétaires différents. Le jurisconsulte Ulpien, d'ailleurs, vient lui-même préciser le sens qu'il entendait donner au mot *vicinum* dans la loi 5 § 1, au Dig., *De Servit. præd. rustic.*, VIII, 3. A propos de l'établissement d'une servitude prédiale, il nous dit : « *Parvique refert, vicinæ sint ambæ ædes an non* (2). » Il suffit qu'il n'existe pas d'obstacle naturel empêchant la servitude de s'exercer. Ainsi on ne peut concevoir une servitude de vue ou de ne pas bâtir entre deux fonds

(1) Cette inscription, insérée dans le recueil d'Orelli, n° 6634, est rapportée dans Bruns. *Fontes juris romani, Servitutes*, 13, p. 221, 4^e édit. Fribourg, 1879.

(2) Loi 6, Dig., *Com. præd.*, VII, 4.

séparés l'un de l'autre par une haute montagne, ou si éloignés que de l'un des fonds l'on n'apercevrait pas l'autre (1).

Les interprètes se sont demandé à propos de cette condition de voisinage, si elle était spéciale aux servitudes prédiales ou si elle était requise aussi pour la constitution de certaines servitudes personnelles, dont on a voulu faire une catégorie à part sous le nom de servitudes irrégulières. Mülenbruck, dont l'opinion paraît adoptée par Molitor (2), appelle servitudes irrégulières des servitudes qui, réelles de leur nature comme les servitudes de puisage et de passage, parce qu'elles sont établies au profit d'un fonds à perpétuité, peuvent cependant être constituées au profit d'une personne sa vie durant. Ces servitudes offriraient cette particularité, que, limitées dans leur durée comme les servitudes personnelles, elles présenteraient avec les servitudes réelles ce point de ressemblance qu'elles ne sauraient se concevoir sans la vicinité d'un héritage appartenant à la personne qui jouit du droit. Il est tout d'abord bien évident, en présence d'un certain nombre de textes (3), que les servitudes de passage, de pâturage, de puisage ou d'abreuvement pouvaient, dans certains cas, revêtir le caractère de servitudes personnelles. Mais nous croyons qu'elles étaient soumises absolument aux mêmes règles que les servitudes personnelles dites régulières et que c'est à tort que certains commentateurs les ont qualifiées de servitudes irrégulières, dénomination à peu

(1) Lois 38 et 39, Dig., *De servi. præd. urba.*, VIII, 2.

(2) Molitor, *La possession, la revendication..... les servitudes en dr. rom.*, p. 290, 2^e édit. Paris, 1868.

(3) L. 4, l. 6 *pr.*, l. 37, Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3.

près universellement abandonnée aujourd'hui. Si ces servitudes sont soumises aux mêmes règles que les servitudes personnelles, il n'est nullement besoin pour leur constitution que la personne au profit de laquelle le droit de puisage ou de pacage est établi soit propriétaire d'un fonds voisin de celui sur lequel le droit lui est concédé. Il est cependant un texte qui semble favorable à la théorie de Mülhenbruck, c'est la loi 14 § 3, au Dig., *De alim. vel cib. leg.*, XXXIV, 1, ainsi conçue : *Quidam libertis suis, ut alimenta, ita aquam quoque per fideicommissum reliquerat. Consulebar de fideicommisso, cum in ea regione Africæ vel forte Ægypti res agi proponebatur, ubi aqua venalis est. Dicebam igitur, esse emolumentum fideicommissi, sive quis habens cisternas id reliquerit, sive non, ut sit in fideicommisso quanto quis aquam sibi esset comparaturus; nec videri inutile esse fideicommissum, quasi servitute prædii non possessori vicinæ possessionis relicta. Nam et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus personæ, tamen ei, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur, in eadem causa erunt gestandi vel in tuo uvas premendi, vel arcæ tuæ ad frumenta cæteraque legumina exprimenda utendi : hæc enim aqua personæ relinquitur.*

Molitor s'arme de ces mots *Nam et haustus aquæ, ut pecoris ad aquam adpulsus, est servitus personæ, tamen ei qui vicinus non est, inutiliter relinquitur*, et nous dit : Ce texte est évidemment favorable à la théorie de Mülhenbruck, puisqu'il déclare, en termes formels, qu'une servitude légale léguée à titre de servitude personnelle à un individu qui n'a aucun héritage voisin, constitue un legs nul.

Cette solution serait exacte si on devait maintenir le texte tel qu'il est, mais la plupart des interprètes moder-

nes (1) s'accordent à lui faire* subir une correction qui consiste à lire : « *tamen ei, qui vicinus non est, utiliter relinquitur.* » Cette correction nous semble se justifier parfaitement, car si on ne l'admet pas, on est obligé de reconnaître que le jurisconsulte Ulpien a donné une solution qui ne concorde pas avec la discussion qui la prépare. Ne serait-il pas singulier, en effet, de voir le jurisconsulte nous dire : en principe le legs d'une servitude personnelle est nul lorsqu'il est fait à une personne qui n'est pas propriétaire d'un fonds voisin, d'où l'on peut tirer cette conséquence, que le legs d'eau visé au texte, qui est évidemment le legs d'une servitude personnelle, sera valable. Et si l'on admet cette manière de lire la loi 14, § 3, *De alim. vel cibis. leg.*, on arrive à reconnaître que le fait du voisinage n'est jamais nécessaire pour la validité d'aucune servitude personnelle. La condition de voisinage ne peut être exigée qu'en matière de servitudes prédiales, et pour ces dernières elle n'est en réalité qu'un autre aspect de la condition de perpétuité qui les caractérise. Cela ressort nettement de la comparaison des lois 5 § 1, et 6 *pr.* au Dig., *De serv. præd. rustic.*, VIII, 3. La loi 5 § 1, n'autorise la création du droit d'extraire de la pierre ou de cuire de la chaux qu'au profit d'un fonds voisin et seulement dans les limites des besoins de son fonds. C'est qu'il s'agit d'une servitude prédale perpétuelle. La loi 6 *pr.* déclare au contraire que le droit d'extraire de la terre pour faire des poteries, pourra constituer un droit d'usufruit, c'est-à-dire une servitude personnelle, sans être soumis à ces restrictions.

(1) Destrais, *De la propriété et des servitudes en droit romain*, § 72, p. 264 et s. q.

Les servitudes rurales, d'autre part, sont naturellement perpétuelles, rien ne s'oppose à ce qu'elles aient une durée égale à celle des immeubles qui leur servent de sujet actif et de sujet passif. Ce caractère de perpétuité leur fut reconnu d'autant plus volontiers que l'avantage qu'elles procurent au fonds dominant est bien plus considérable que la gêne ordinairement insignifiante qui en résulte pour le fonds servant. Cela ne me cause pas un bien grand préjudice en effet de vous laisser puiser de l'eau à une source qui m'en fournit plus que je n'en peux employer, ou de vous laisser traverser un chemin d'exploitation que j'ai créé à travers mes héritages.

Nous verrons, dans notre appendice sur les modalités qui peuvent affecter les différentes manières d'établir des servitudes, l'influence de l'apposition expresse ou tacite d'un terme certain ou incertain. En prohibant cette apposition, le droit civil romain a exagéré l'idée de perpétuité des servitudes. Cette perpétuité attribuée à un démembrement du droit de propriété était conforme à l'idée que les Romains se faisaient de ce droit à l'origine ; pour eux, la propriété ne pouvait être transférée *ad tempus*. Nous aurons l'occasion de signaler les adoucissements apportés par le préteur aux exagérations du droit civil, sur ce point comme sur tant d'autres. Contentons-nous pour le moment d'examiner un principe posé précisément pour obtenir la perpétuité des servitudes, principe qui ressort de la loi 28 *in fine*, Dig., *De Serv. præd. urba.*, VIII, 2. Les servitudes prédiales doivent avoir une *causa perpetua* : « *Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu neque ex stagno concedi aquæductus potest.* » La *causa perpetua* est un état de choses naturel et permanent, tel qu'il assure la servitude non seulement

pour le présent mais encore pour l'avenir. Il ne faut pas qu'on puisse prévoir le moment où elle cessera ; et il faut qu'elle puisse s'exercer indépendamment d'un travail du propriétaire du fonds servant. On ne pouvait donc établir une servitude d'aqueduc ou de puisage sur une citerne, un étang, un château d'eau ; l'usage même de la servitude pourrait épuiser l'eau qui s'y trouve en quantité limitée ; la chaleur du soleil dessécherait rapidement la citerne ou l'étang qu'une source n'alimente pas ; l'eau a été réunie artificiellement par la main de l'homme, et Paul nous a dit à la loi 28, Dig., VIII, 2 : « *Neque enim perpetuam causam habet quod manu fit.* » Il faut se garder de croire que la *causa perpetua* implique la possibilité d'un exercice non interrompu de la servitude ; ainsi le droit de se servir des eaux pluviales peut très bien faire l'objet d'une servitude prédiale encore que l'eau ne coule pas toujours ; si la pluie cesse, elle reviendra nécessairement plus tard : « *At quod ex cælo cadit, et si non assidue fit, ex naturali tamen causa fit : et ideo perpetuo fieri existimatur,* » nous dit Paul au même fragment, à la suite d'un exemple qui fait bien ressortir le caractère de la *causa perpetua*. Le jurisconsulte suppose le cas d'une maison située sur un terrain plus élevé que la propriété voisine ; le mur de la salle à manger est percé au ras du plancher d'un orifice destiné à faire écouler sur le fonds voisin les eaux employées au lavage de ce plancher ou du dallage. Cette eau ne peut faire la matière d'une servitude prédiale, car l'eau est apportée par la main de l'homme ; la *causa* ne serait pas *perpetua* ; il en serait autrement si la salle à manger était à ciel ouvert et si l'eau employée au lavage était seulement celle des pluies.

Ce sont en général les eaux de source qui donnent nais-

sance à la servitude d'aqueduc ; et les Romains, poussant à l'extrême la logique, déduisent de la nécessité de la *causa perpetua* que le puisage ou l'aqueduc ne peuvent avoir lieu qu'à la source même ou, s'il s'agit d'un fleuve ou d'un lac à eau vive, à l'endroit où il sort de la source ; c'est que le fleuve peut se perdre, disparaître sous terre (1). Ce principe de la *causa perpetua* n'exista dans toute sa rigueur qu'au début de la législation. A l'époque classique il fléchit un peu. On a eu tort d'invoquer la loi 9, Dig., VIII, 3, pour soutenir qu'à cette époque la nécessité de la *causa perpetua* disparut entièrement, mais il en ressort clairement que l'on était moins exigeant à cette époque qu'à l'origine : « *Hodie tamen ex quocumque loco constitui solet.* » Paul nous indique que de son temps on permet d'établir une servitude d'aqueduc ou de puisage sur un fleuve dans tout son parcours.

Nous voyons aussi les textes autoriser les servitudes *lapidis eximendi*, *arenæ fodiendæ* et *cretæ eximendæ*. Il est cependant de toute évidence que les carrières où l'on extrait la pierre, le sable ou la craie, finiront par s'épuiser. A l'époque classique, on voit une *causa perpetua* suffisante dans ce fait qu'on ne peut prévoir, au moment de la constitution, l'époque où la servitude cessera. C'est ce qui se passe pour les servitudes que nous venons de mentionner : les carrières seront longtemps avant de s'épuiser, car le propriétaire du fonds dominant ne pourra extraire de la chaux ou de la pierre que dans les limites des besoins de son fonds, limites forcément restreintes. D'autre part, les Romains, disent certains auteurs, avaient souvent des

(1) Loi 9, Dig., *De servi. prædio. rustic.*, VIII, 3.

notions géologiques erronées, ils considéraient les carrières comme inépuisables, partant de cette idée que la pierre se reforme dans le sein de la terre.

Il ne nous reste plus qu'à étudier le principe de l'indivisibilité des servitudes (1). Les servitudes réelles sont indivisibles, cela veut dire qu'elles ne peuvent être établies que sur la totalité d'un fonds, elles ne peuvent l'être ni au profit ni à la charge d'une portion indivise de ce fonds, par exemple le tiers ou la moitié. On ne comprend pas une servitude de passage établie sur la moitié indivise du fonds servant. La moitié indivise, c'est la moitié de chaque molécule du fonds prise intellectuellement sans affecter l'autre moitié. L'exercice de la servitude comme la servitude elle-même est indivisible ; on l'exerce pour le tout ou pas du tout. On passe ou on ne passe pas (2). Les Romains se sont donc purement conformés à la réalité des faits en établissant le principe de l'indivisibilité des servitudes. Ils en ont tiré un grand nombre de conséquences, relativement à l'établissement de ces droits réels, à leurs modes d'exercice, et à leur extinction. Citons seulement les plus saillantes, pour achever de faire ressortir le principe.

1^o Lorsqu'un fonds est légué à deux personnes et que le testateur lègue à l'une d'elles, seulement, une servitude au profit de ce fonds, la deuxième disposition n'aura d'effet que si le légataire de la servitude se présente seul pour recueillir le legs du fonds (3).

2^o Un propriétaire, en aliénant une quote-part de son

(1) Ce principe de l'indivisibilité des servitudes remonte à la loi des XII Tables.
(L. 25, § 9, Dig., *Fam. etc.*, X, 2.)

(2) Lois 5 et 6, § 1, liv. VIII, 4, *Commun. prædio*.

(3) L. 3, Dig., *De servi. leg.*, XXXIII, 3.

fonds, ne peut grever d'une servitude la part qu'il aliène au profit de celle qu'il conserve ou réciproquement (1). Toute autre serait la décision, si l'aliénation portait sur une part divisée (2).

3° Un propriétaire a stipulé une servitude au profit de son héritage, puis il aliène une quote-part de cet héritage, il perd par là même le bénéfice de la stipulation, en se plaçant dans une situation où elle n'aurait pu prendre naissance (3).

4° Lorsqu'un héritage est commun entre plusieurs copropriétaires, il faut le consentement de tous pour établir sur lui une servitude ou en acquérir une à son profit (4). La loi 18, au Dig., *Com. præd.*, VIII, 4, indique, toutefois, un moyen d'établir une servitude sur un fonds commun entre plusieurs copropriétaires, sans exiger que tous interviennent ensemble au contrat. Si chacun d'eux concède successivement la servitude, elle sera constituée valablement le jour où interviendra le consentement du dernier copropriétaire (5).

5° Les servitudes ne peuvent jamais faire l'objet d'une acquisition partielle : *per partes servitus imponi non potest nec acquiri* (6), d'où aucun des copropriétaires ne peut acquérir de servitude ni sur le fonds commun au profit d'un héritage qui lui soit propre, ni sur un immeuble de son communisme au profit du fonds commun (7).

(1) L. 6, § 1, Dig., *Com. præd.*, VIII, 4.

(2) L. 6, Dig., *De servi.*, VIII, 1.

(3) L. 11, Dig., *De servi.*, VIII, 1 ; l. 136, § 1, Dig., *De Verbo., oblig.*, XLV, 1.

(4) L. 2, Dig., *De servi.*, VIII, 1, et l. 19, Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3.

(5) Voir dans le même sens l. 11, Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3.

(6) L. 8, § 1, Dig., *De servi.*, VIII, 1.

(7) L. 2, Dig., *eod. tit.*, lois 5 et 6, § 3, Dig., *Com. præd.*, VIII, 4.

6° La servitude ne s'éteindra jamais par la remise consentie par un seul des copropriétaires du fonds dominant, ou accordée à un seul des copropriétaires du fonds servant (1). La confusion partielle ne produira sur elle aucun effet. Si le propriétaire de l'un de ces fonds acquiert, d'une manière quelconque, une part indivise de l'autre fonds, la servitude subsiste, *quia per partes servitus retinetur* (2).

7° Le propriétaire du fonds dominant vient-il à mourir, et ce fonds est-il divisé entre plusieurs héritiers, chacun d'eux jouira de l'intégralité de la servitude (3). Son exercice par un seul d'entre eux la conservera intacte à l'égard de tous (4).

8° Si l'un des copropriétaires du fonds commun fait rendre un jugement relatif à la servitude, ce jugement a pour ou contre les autres l'autorité de la chose jugée (5). Il existe cependant à cet égard une différence entre le cas où la servitude est due par plusieurs coobligés et celui où il y a pluralité d'ayants-droit. Elle se présente dans l'hypothèse où une condamnation pécuniaire est devenue nécessaire lorsque les copropriétaires du fonds servant, ou l'un d'eux, n'ont pas satisfait à leur engagement de constituer la servitude promise ou de laisser exercer la servitude déjà établie. Y a-t-il plusieurs débiteurs de la servitude, le créancier pourra poursuivre l'un d'entre eux à son choix,

(1) L. 13, § 1, Dig., *De acceptila.*, XLVI, 4.

(2) L. 8, § 1, Dig., *De serv.*, VIII, 1; voyez aussi l. 140 *in fine*, *De Verbo. oblig.*, XLV, 1; l. 30, § 1, D., *De serv. præd. urba.*, VIII, 2; l. 27, D., *De serv. præd. rust.*, VIII, 3.

(3) L. 23, § 3, Dig., *De serv. præd. rusti.*, VIII, 3; l. 17, D., *De servi*, VIII, 1.

(4) L. 5, Dig., *Quomod. servi. amit*, VIII, 6; l. 18, Dig., *De serv. præd. rusti.*, VIII, 3.

(5) L. 4, § 3 et 4, Dig., *Si servi. vindic.*, VIII, 5.

et on le condamnera à payer la valeur intégrale de la servitude ; c'est que chacun des débiteurs était tenu de procurer ou garantir la jouissance du droit entier. Existe-t-il, au contraire, plusieurs ayants-droit et un seul propriétaire du fonds servant, l'un quelconque des intéressés pourra le poursuivre, mais la condamnation ne sera prononcée que pour sa part (1), parce qu'elle a pour objet de l'argent, chose essentiellement divisible. La chose jugée à son égard ne profite à ses communistes qu'en ce sens qu'ils n'auront plus à prouver leur droit (2).

En droit français, la position des copropriétaires par indivis du fonds servant est plus favorable. Le créancier pourra également choisir l'un d'entre eux pour exercer contre lui ses poursuites ; et celui-ci, s'il défend seul à la demande, sera bien condamné, soit à l'exécution de l'obligation, soit, en cas d'inexécution, à payer des dommages et intérêts, représentant la valeur de la servitude tout entière. Mais il a un moyen d'éviter cette condamnation au tout. L'art. 1225 l'autorise à mettre en cause ses communistes (3). S'il le fait, le tribunal condamnera tous les copropriétaires du fonds servant à constituer ensemble la servitude, ou à ne pas en troubler l'exercice, et en cas d'inexécution de cette obligation, à payer des dommages et intérêts dont chacun d'eux ne supportera que sa part.

(1) L. 4, § 3, Dig., *Si servi. vindi.*, VIII, 5.

(2) Accarias, *Précis*, t. 1, n° 267-3°, p. 636, note 3, 3^e édit.

(3) A lire l'art. 1225 du Code civil, l'hypothèse dont nous parlons au texte ne se trouve pas réglée expressément, mais comme elle était examinée par Pothier (*Traité des Obligations*, n° 333 et suiv.) auquel l'art. 1225 est emprunté, les commentateurs s'accordent à reconnaître qu'il la sous-entend (Demolombe, *Traité des Obligations*, t. III, n° 603, p. 540 ; Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de droit civil*, t. V, n° 160 bis IV, p. 282 ; Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. IV, § 391, 2° b, et note 19, p. 51, 4^e édit.

§ 3.

DIVISIONS DES SERVITUDES PRÉDIALES.

Les notions succinctes qui précèdent nous ont appris, à peu près, ce que c'est qu'une servitude prédiale ; arrivons aux principales divisions de ces droits réels.

La première que nous rencontrons, en ouvrant le livre VIII des Pandectes, qui forme le siège de la matière, est la division en servitudes urbaines et rurales : « *Servitutēs aut personarum sunt, ut usus et ususfructus : aut rerum, ut servitutes prædiorum rusticorum, et urbanorum* (1), » nous dit Marcien. Les interprètes sont divisés sur la question de savoir ce qu'il faut entendre par ces mots : *servitutes prædiorum urbanorum* ou *prædiorum rusticorum*. De nombreux systèmes ont vu le jour sur le point de savoir à quels caractères on pourra distinguer si une servitude est rurale ou urbaine. La question n'est pas purement théorique, elle présente un intérêt pratique considérable, qui se manifeste à trois points de vue.

1^o Une servitude est-elle rurale ? Elle est rangée parmi les *res Mancipi* (2). Est-elle urbaine ? Elle figure au nombre des *res nec Mancipi*. Il en résulte notamment, comme nous le verrons bientôt, que je puis bien au moyen d'une mancipation grever mon fonds au profit du vôtre d'une servitude rustique, mais non d'une servitude urbaine. L'importance de la division à cet égard avait déjà bien diminué à l'époque classique ; elle disparut complètement

(1) L. 1. Dig., *De Servi.*, VIII, 1.

(2) Gaius, *Com.*, I, § 192.

sous Justinien, cet empereur ayant abrogé la distinction entre les *res Mancipii* et les *res nec Mancipii*.

2^o Les servitudes, généralement urbaines, ne s'éteignent d'ordinaire qu'autant que le propriétaire du fonds servant a exercé une possession contraire à la servitude, pendant un temps qui a varié suivant les époques. Ainsi, la servitude d'appui ne peut disparaître que si le voisin a repoussé la poutre qui reposait sur son mur (1). On dit alors qu'il y a *usucapio libertatis*. Les servitudes, habituellement rurales, s'éteignent, au contraire, par le simple non usage (2). C'est à ce point de vue qu'apparaît, au temps de Gaius, le véritable intérêt de la détermination du caractère d'une servitude prédiale. Comme cette différence entre les servitudes prédiales et les servitudes urbaines donne lieu à une objection assez grave contre le système que nous nous proposons de défendre, nous la retrouverons en examinant les conséquences qui découlent de ce système. Et c'est alors que nous lui consacrerons tous les développements dont elle est digne.

3^o Les servitudes rurales peuvent seules faire l'objet d'un droit de gage et d'hypothèque. Les servitudes urbaines ne peuvent pas être hypothéquées (3). On a soulevé une difficulté sur la loi 12, au Dig., XX, 1, qui permet d'hypothéquer les servitudes rurales (4). Comment comprendre cette hypothèque d'une servitude? Il est tout d'abord cer-

(1) L. 6 au Dig., *De servi. præd. urba.*, VIII, 2.

(2) Paul, *Sent.*, liv. I, tit. XVII.

(3) *Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt : igitur nec convenire possunt, ut hypothecæ sint.* (Marcien, l. 11, § 3, Dig., *De Pigno. et hypo.*, XX, 1.)

(4) *Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum est, Pomponius ait : ut talis pactio fiat, (ut), quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur, scilicet si*

tain que lorsqu'on hypothèque un fonds, tous ses accessoires, servitudes, droits réels ou autres sont frappés par là même; mais telle n'est pas l'hypothèse visée par le texte : il suppose qu'on peut hypothéquer une servitude, séparément, sans grever en même temps le fonds auquel elle est attachée. Il est de principe que l'on ne peut hypothéquer que ce que l'on peut vendre, car le droit de préférence du créancier ne s'exerce que sur le prix. Or, on ne peut vendre une servitude prédiale ou céder son exercice sans aliéner le fonds auquel elle est due. La loi 12 au Dig., *De Pigno. et hypo.*, semble inexplicable. Elle a donné naissance à de nombreuses controverses; on a cherché, comme à plaisir, à embrouiller l'espèce prévue par le jurisconsulte Paul. L'hypothèque, qui peut être constituée, dit-il, sur une servitude rurale, s'applique-t-elle à une servitude déjà établie ou à une servitude à établir? telle est la question sur laquelle les meilleurs auteurs sont en désaccord. Passons en revue les trois principaux systèmes auxquels elle a donné le jour.

Les anciens interprètes (1) du droit romain pensaient que la servitude, susceptible d'hypothèque, était une servitude à constituer; le débiteur l'établissait au profit du créancier, au moment où celui-ci exigeait de lui une sûreté, et ce créancier la vendait ensuite à un tiers s'il n'était pas payé à l'échéance. Il y avait là, ils le reconnaissent eux-mêmes, deux dérogations aux principes généraux :

vicinum fundum habeat : et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat? Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. (Paul, l. 12, Dig., *De pign. et hyp.*, XX, 1.)

(1) Duaren, *Dispu. anniv.*, liv. II, chap. XIII; *Opera omnia*, t. IV, p. 71, Edit. de Lucques, 1768. — A. Faber, *Conjectu.*, liv. XIX, chap. VI et VII, p. 745 et suiv. Edit. de Lyon, 1661.

1^o Une constitution de servitude à terme, et 2^o le transfert d'une servitude d'un fonds à un autre. Mais le prêteur n'hésitait pas à ratifier une convention de ce genre *propter utilitatem contrahentium* (1), ainsi que le dit la loi 12 *in fine*, Dig., de *Pigno. et hypothecis*. Ces deux dérogations aux principes ne nous paraissent pas suffisamment justifiées, et nous décidant à rejeter ce système qui n'a, du reste, plus guère de partisans aujourd'hui.

Mais il en est un second, qui mérite de notre part une attention toute spéciale, à raison de l'appui que lui a donné l'un de nos plus illustres romanistes modernes, nous voulons parler de M. Accarias. D'après cet auteur, la loi 12, *De Pignoribus*, autoriserait le propriétaire du fonds dominant à consentir une hypothèque sur la servitude dont il jouit au profit d'un créancier propriétaire d'un fonds voisin du fonds servant. En vertu de cette hypothèque, le créancier aurait le droit d'user de la servitude, au profit de son propre fonds, jusqu'au jour fixé pour le rembour-

(1) Les systèmes de Duaren et de Faber, dont nous donnons au texte l'analyse, différaient cependant d'une façon notable. Tous deux n'admettaient l'hypothèque que pour une servitude à constituer, mais dans ce cas, Duaren pensait qu'elle pouvait s'appliquer aussi bien aux servitudes urbaines qu'aux servitudes rurales, les unes et les autres étant susceptibles d'une acquisition à titre précaire. Faber démontre clairement l'inexactitude de ce motif. Il distingue, quant à lui, d'accord en cela avec Cujas, entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales. Il déclare, pour sa part, que si l'hypothèque est applicable aux servitudes rurales, c'est uniquement à raison de l'équité et de l'utilité des contractants. Enfin s'il sépare les servitudes déjà constituées des servitudes à constituer, c'est que donner en gage une servitude déjà établie serait, nous dit-il, causer un préjudice au propriétaire du fonds servant. Il n'en est plus de même d'une servitude créée immédiatement, sous cette clause que le créancier pourra la vendre à un voisin faute de paiement à l'échéance, le propriétaire du fonds servant qui est en même temps le débiteur a adhéré à cette clause, il serait mal fondé, dès lors, à prétendre plus tard qu'on lui cause un dommage en changeant le fonds dominant.

sement, et, après l'échéance, il pourrait en vendre l'exercice à un propriétaire voisin (1).

Cette interprétation est moins admissible encore que la précédente, elle se montre moins respectueuse des principes généraux, que nous avons dit être violés déjà par cette dernière. Une règle qu'il ne faut jamais oublier, c'est que les servitudes prédiales sont incessibles et inaliénables. M. Accarias, lui-même, ne l'a-t-il pas mise en lumière en ces termes : « Toute servitude est, par elle-même, » incessible, je veux dire qu'elle ne saurait faire l'objet » d'une aliénation distincte, que ni le titulaire de la servitude personnelle ne peut la transporter à une autre personne, ni le titulaire de la servitude prédale la transporter à un autre fonds (2). » Quand on compare ces lignes avec ce qu'écrit le savant professeur au n° 286, lorsqu'il indique l'hypothèse visée à la loi 12, *De Pigno.*, on ne saurait se défendre de cette idée qu'il s'est mis ici quelque peu en contradiction avec lui-même. N'est-ce pas permettre, en effet, au titulaire de la servitude prédale de la transporter à un autre fonds, que de l'autoriser à la grever d'une hypothèque qui confère au créancier propriétaire d'un héritage, situé à proximité, le droit de faire bénéficier momentanément cet héritage de la servitude, et, plus tard, d'en vendre l'exercice à un autre propriétaire voisin?

La loi 11, § 2, au Dig., *De Pigno. et hypo.*, dit M. Accarias, permet d'hypothéquer un droit d'usufruit déjà séparé de la propriété; il est naturel de supposer que la question

(1) Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1^{er}, n° 286 et note 2, p. 699, 3^e édit.

(2) Accarias, *Précis*, t. 1^{er}, n° 264-4^e, 3^e, p. 630, 3^e édit.

posée à la loi 12, relativement aux servitudes prédiales, est la même. Ce premier motif allégué par M. Accarias, à l'appui de son système, est-il bien concluant? Nous ne le pensons pas. La loi 11, § 2, ne vise pas seulement le cas où c'est l'usufruitier qui se propose d'hypothéquer le droit réel constitué à son profit, elle vise aussi l'hypothèse où l'usufruit est donné en gage ou hypothéqué par le propriétaire, ainsi que cela résulte des mots « *Sive dominus proprietatis convenerit.* » Ces expressions ne font pas allusion à une convention d'hypothèque simplement approuvée par le nu-propriétaire, mais bien à une convention émanant du propriétaire lui-même, par opposition à celle qui émane de l'usufruitier, *sive ille qui solum usumfructum habet.* Or cette convention émanant du propriétaire seul implique qu'il ne s'agit pas ici d'un nu-propriétaire, et qu'il est question non pas d'un usufruit déjà constitué, mais d'un usufruit causal. Après avoir mis en regard, au commencement du § 2, le cas où l'hypothèque est consentie par le plein propriétaire et a pour objet l'usufruit causal et celui où elle est concédée par l'usufruitier et porte sur l'usufruit déjà constitué, Marcien ne parle plus dans la deuxième partie du texte que de l'hypothèque accordée par l'usufruitier, parce que cette seconde hypothèse est la seule qui puisse donner lieu à quelque doute. Mais les deux cas sont visés, il n'est donc plus étonnant que les compilateurs des Pandectes aient fait suivre ce texte d'une disposition relative à l'hypothèque d'une servitude causale. D'ailleurs, en intercalant la loi 12 de Paul entre deux fragments empruntés au jurisconsulte Marcien, ils n'ont pas eu pour seul but de grouper tous les cas où l'hypothèque peut frapper une servitude, ils ont en aussi en vue d'établir une antithèse entre les servitudes urbaines et les servitudes

rurales dont les unes peuvent faire l'objet d'une hypothèque, alors que les autres n'en sont pas susceptibles.

Au surplus, la solution donnée par la loi 11, § 2, Dig., XX, 1, à propos de l'usufruit, est parfaitement conforme aux principes, car il est permis à l'usufruitier de céder l'exercice de son droit. Mais il n'en est pas de même de celle qu'on prétend faire découler de la loi 12. Lorsqu'une servitude prédiale est constituée, le propriétaire du fonds dominant ne peut, en aucune façon, en disposer au profit d'un tiers. L'autoriser à céder l'exercice de son droit, c'est lui permettre de vendre le droit lui-même, puisqu'il est perpétuel, et d'imposer malgré lui au propriétaire du fonds servant la substitution d'un fonds dominant à un autre, c'est, en un mot, consacrer la violation de cette règle d'équité, que les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes. M. Accarias, sentant bien la force de cette objection, s'attache à la réfuter. Les dérogations au droit commun, admises à l'égard des servitudes prédiales, s'expliquent, pense-t-il, par ce fait que la matière des hypothèques est entièrement régie par le droit prétorien, qui a l'habitude de faire fléchir les rigueurs du droit civil devant des considérations d'utilité pratique. C'est ce que nous disaient déjà les anciens interprètes du droit romain, pour justifier l'admission d'une servitude établie *ad tempus*. Aussi, la réponse que nous allons faire servira-t-elle à la fois de réfutation aux deux systèmes. Nous l'emprunterons à M. Jourdan. Le professeur d'Aix fait remarquer avec pleine raison, « 1^o qu'il ne s'agit pas seulement d'hypothèque, » mais de principes fondamentaux en matière de servitudes ; 2^o que le prêteur peut bien déroger au droit civil » en autorisant une servitude à terme, nonobstant le principe de perpétuité, mais qu'il ne saurait autoriser une

» convention d'hypothèque, ayant pour objet d'aggraver la
» situation du propriétaire du fonds servant par un trans-
» fert de la servitude (1). »

L'hypothèque d'une servitude déjà constituée étant impossible pour les motifs que nous venons d'énumérer, il faut admettre avec le troisième système que la loi 12, au Dig., XX, 1, statue non pas sur une servitude déjà établie, mais sur une servitude à établir. Cette dernière servitude, appelée anciennement servitude causale, peut parfaitement, quant à elle, faire l'objet d'une vente. Elle pourra, par suite, être grevée d'hypothèque, car il est permis à Rome d'hypothéquer une chose future.

Voici, dans cette doctrine (2), quelle serait l'hypothèse visée par le texte : Un débiteur dit à son créancier qui exige de lui une sûreté, vous pourrez vendre, si je ne vous paie pas à l'échéance, non pas mon fonds, auquel je tiens, mais un droit de passage sur ce fonds au profit de quelque voisin ; en attendant, si vous avez personnellement un fonds situé à proximité, usez vous-même du droit de passage, mettez-vous en possession. Cette jouissance vous tiendra lieu de gage. Mais il importe de remarquer que la servitude ne sera réellement constituée qu'au profit du voisin, à qui le créancier la vendra, au cas où le débiteur laisserait passer le terme sans payer. Ce débiteur, à raison du contrat intervenu entre lui et son créancier, ne pourra

(1) Jourdan, *L'hypothèque*, chap. XXIX, p. 263, note 3. Paris, 1876.

(2) Voyez en ce sens, Jourdan, *op. cit.*, chap. XXIX, p. 261 et suiv. — Machelard, *Distinc. adm. en ce qui concerne les servitudes prédiales*, n° 37 à 42, p. 28 et suiv. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I^{er}, p. 513, 3^e édit. Voyez aussi Büchel, *Zivilr. Erörter*, I, n° 3, p. 281 de la 2^e édit., 1847. C'est ce dernier auteur qui a posé les bases de ce système, suivi aujourd'hui par la majorité des romanistes.

se refuser à constituer la servitude. Il n'y aura pas de la sorte changement de fonds dominant, puisque la servitude ne fera que prendre naissance (1).

Mais c'est là, s'écrient les adversaires de cette théorie, réduire le créancier au rôle de mandataire à l'effet de constituer une servitude, et s'il en est ainsi, on ne comprend pas pourquoi il est nécessaire qu'il soit propriétaire d'un fonds voisin. Si l'on n'envisageait que l'hypothèque, l'objection porterait ; le créancier évidemment n'a pas besoin dans ce cas d'être propriétaire d'un fonds voisin (2) ; la servitude grevée devant être constituée, non pas en faveur d'un immeuble lui appartenant, mais au profit du fonds d'un tiers. Mais le mot *pignus* employé à la loi 12, D., *De Pigno.*, désigne à la fois le gage et l'hypothèque ; il se réfère plus spécialement même à la constitution de gage, or la *conventio pignoris* suppose la remise aux créanciers de la possession de l'objet engagé. Lorsque cet objet sera une *servitus constituenda*, la remise de la possession consistera pour le créancier dans le droit à lui conféré de passer sur le fonds du débiteur jusqu'à l'échéance et ce passage ne peut lui être de quelque utilité que s'il a un fonds voisin.

Enfin, ajoute-t-on, si le créancier a mandat de constituer

(1) Dans ce système, on admet le même point de départ que Duaren et Faber, aux passages ci-dessus cités, p. 39, note 1 ; on décide, avec eux, que l'hypothèque de la loi 12, D., XX, 1, ne peut frapper qu'une servitude à constituer ; mais tandis que ces auteurs reconnaissent au débiteur le droit d'établir immédiatement au profit du créancier une véritable servitude à terme, pour les partisans de l'opinion que nous défendons, la servitude ne prend réellement naissance que si le créancier vient à la vendre à un voisin, faute de paiement à l'échéance.

(2) Ortolan, *Explica. histo. des Insti.*, t. II, n° 460, p. 335, 10^e édit. Machelard, *op. cit.*, n° 38, p. 30. — Demangeat, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 513, note 3, 3^e édit.

une servitude par quasi-tradition sur le fonds du mandant, on ne voit pas, non plus, ce qui pourrait empêcher le mandat d'intervenir à propos d'une servitude urbaine. La distinction entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales s'explique d'elle-même cependant, si l'on veut bien aller au fond des choses. Il y a mandat, nous le voulons bien, mais mandat dans un but spécial et c'est ce but qu'on ne saurait trop envisager. La convention intervenue entre le créancier et le débiteur s'est proposé de conférer au premier une sûreté qui pourra se transformer à un moment donné en argent. Or, si on peut, à la rigueur, battre monnaie en constituant une servitude rurale de pacage, de passage, de puisage, qui peut profiter à tous les habitants d'une commune, on ne comprend guère quel profit pourrait retirer le créancier du droit d'établir sur la maison du débiteur un *jus ligni immittendi*. Une telle servitude ne peut convenir qu'au propriétaire du fonds contigu, cet acheteur n'ayant aucune concurrence à redouter serait en mesure de faire la loi au vendeur et acquerrait la servitude à très bas prix. Il faut admettre encore, pour cela, qu'il désire bâtir, sans quoi, la servitude ne pouvant lui être d'aucune utilité, il se gardera bien de faire pour l'acquérir le plus léger sacrifice. On conçoit très bien, dès lors, que le droit romain se soit refusé à autoriser la constitution d'une hypothèque sur une servitude urbaine. Si l'on se place, d'autre part, au point de vue spécial du gage, l'ancien droit se refusait encore à admettre le *pignus* à propos d'une servitude urbaine, par ce motif que le créancier n'était protégé que par des interdits et qu'il n'existait pas d'interdits particuliers pour les *jura prædiorum urbanorum*.

Le système, que nous venons d'exposer, en dernier lieu,

rend compte de la loi 12, au Dig., *De Pign. et hypo.*, d'une façon absolument satisfaisante et a sur les deux autres l'immense avantage de ne violer aucune des règles fondamentales de la matière des servitudes. aussi n'avons-nous pas hésité un seul instant à lui donner la préférence (1). La distinction qu'il établit entre le cas où il s'agit de la concession d'un gage et celui où il est question d'une convention d'hypothèque permet de lever une difficulté qui a paru insurmontable à M. Maynz (2). Mais nous concéderons volontiers à cet auteur que l'hypothèque des servitudes était une institution des plus bizarres, elle ne devait atteindre que bien rarement le but en vue duquel elle avait été autorisée. L'esprit se refuse à voir dans l'hypothèque des servitudes un sérieux moyen de crédit même en la restreignant aux servitudes rurales. Si la vente de ces servitudes n'est pas absolument impossible, jamais elle ne s'opérera dans des conditions avantageuses. La concurrence entre les acheteurs sera toujours extrêmement limitée. Le créancier préférera se soumettre aux exigences de l'acquéreur plutôt que de laisser son hypothèque impro-

(1) La question de l'hypothèque des servitudes, ne se rattachant qu'indirectement à notre sujet, nous n'avons pas cru devoir lui consacrer des développements plus étendus. Cette difficile matière vient d'être traitée, tout récemment, par un auteur italien, M. Ferdinand Piccinelli, dans une brochure intitulée *Il pegno di servitù prediali. — Appunto intorno alle leggi*, 11, § 3 et 12 au Dig., *De pigno. et hypo.*, XX, 1. Le savant docteur expose en détails, en remontant à la glose, les opinions des principaux champions qui ont pris part à cette controverse, depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours. Il insiste tout spécialement sur les systèmes mis en avant par les romanistes allemands de l'école moderne, Büchel, Keller, etc..... Mais que sert de nous étendre sur cet ouvrage? Nous ne saurions mieux faire que de renvoyer au compte-rendu si clair et si complet qu'en a donné dans la revue de législation étrangère l'un de nos maîtres M. Louis Lucas. (Voy. *Rev. gén. du droit, de la légis. et de la jurispr.*, en France et à l'étranger, 9^e année, 6^e livraison, nov.-déc. 1885, p. 584 et suiv.)

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, note 24 sous le § 155-2^o, p. 881, 4^e édit.

ductive et consentira à vendre la servitude pour un prix dérisoire. Le fonds servant se trouvera ainsi grevé de droits réels fort onéreux, sans compensation raisonnable, et subira une dépréciation notable. L'intérêt du débiteur et des créanciers non privilégiés se trouvera entièrement sacrifié.

Ces conséquences regrettables du système romain ont frappé le législateur français; aussi à l'art. 2118, où il prend soin de nous indiquer limitativement les biens susceptibles d'hypothèque, il évite à dessein de parler des servitudes, c'est qu'il ne les considère pas comme pouvant faire l'objet d'une vente aux enchères (1). Et sur ce point la solution qu'il consacre est plus sage que celle du droit romain.

L'importance pratique de la distinction des servitudes rurales et des servitudes urbaines nous est connue : voyons à quel signe on reconnaîtra que telle servitude appartient à l'une ou l'autre de ces catégories; tel est le point sur lequel roule toute la controverse. La discussion approfondie des textes relatifs à la matière excéderait les limites que nous nous sommes imposées, nous nous bornerons à exposer rapidement l'état de la question.

Si l'on se place à l'origine même de la société romaine, les auteurs sont d'accord. On admet volontiers qu'à cette époque les servitudes rurales sont celles qui se proposent

(1) En droit français, tout immeuble, déclaré susceptible d'hypothèque, doit pouvoir être vendu aux enchères, cela ressort de la comparaison des art. 2118 et 2204 du Code civil. La mise aux enchères a pour but d'assurer la vente du bien au plus haut prix possible, en augmentant le nombre des amateurs; les servitudes n'ayant de la valeur que pour le cercle forcément très restreint des propriétaires voisins, les rédacteurs du Code ont craint que leur vente aux enchères ne se fît à vil prix, c'est pour cela qu'ils l'ont prohibée.

l'intérêt de l'agriculture, les servitudes urbaines, celles qui n'existent que pour augmenter l'agrément ou la commodité des maisons. Les servitudes rurales sont l'objet de tous les soins des premiers romains, peuple essentiellement agricole. C'est pour cela qu'ils les rangent au nombre des choses les plus précieuses des *res Mancipi* (1) et qu'ils les déclarent susceptibles de mancipation. Ces servitudes pouvaient s'établir par quatre procédés différents, à l'aide de la *mancipatio*, de l'*in jure cessio*, de l'*adjudicatio* et du legs *per vindicationem*. Les trois derniers modes de constitution que nous venons d'énumérer, s'appliquaient seuls aux servitudes urbaines. Ces servitudes, n'ayant pour but que de rendre plus commodes les habitations, étaient regardées comme moins utiles, on les rangeait parmi les *res Mancipi*.

Nous voyons se produire ici un phénomène qui ne laisse pas que d'étonner au premier abord. En général, les formalités exigées pour l'aliénation d'une chose sont d'autant plus nombreuses que le législateur attache à cette chose un plus grand prix. Ainsi, par exemple, les immeubles en Italie sont regardés par les Romains comme formant l'élément le plus apprécié du patrimoine, on les protège d'une façon toute particulière. Pour les aliéner, il faut avoir recours à des procédés peu nombreux, accompagnés de solennités multiples. La simple tradition est exclue, elle fait acquérir au contraire les meubles, autres que les esclaves, bœufs, chevaux, ânes et mulets rangés parmi les *res Mancipi* (2), et suffit à transférer le droit de propriété incomplet que comportent les fonds provinciaux. De même

(1) Gaius, *Com.*, I, § 192.

(2) Gaius, *Com.*, II, § 15. — Ulpien, *Règles*, tit. XIX, § 1.

encore, les femmes soumises à la tutelle légitime des ascendants ou du patron ne peuvent aliéner leurs *res Mancipi sine auctoritate tutoris* (1). En ce qui concerne les servitudes, c'est le résultat précisément inverse qui se produit, les servitudes rurales déclarées les plus précieuses, sont les plus commodées à aliéner. Pour les établir, on peut avoir recours à un mode de plus que pour les servitudes urbaines.

N'y a-t-il pas là contradiction ?

Cette contradiction apparente peut s'expliquer par deux motifs.

Le premier sera tiré de l'histoire. Les servitudes rurales se sont développées par l'usage à une époque fort ancienne, la mancipation était alors, sans doute, le seul mode d'aliénation volontaire des *res Mancipi* (2), on le leur appliqua. La catégorie des *res Mancipi* avait été créée de très bonne heure, on y avait fait rentrer les objets qui, à cette époque, paraissaient les plus précieux aux Romains : les fonds de terre en Italie, les bêtes de somme alors connues, bœufs, chevaux, ânes et mulets, et les servitudes rurales favorables à l'agriculture, mais on ne tarda pas à en clore la liste et il devint impossible de l'étendre par la suite ; c'est ainsi, nous dit Gaius (3), que les chameaux et les éléphants dressés, qui pouvaient servir de bêtes de somme, ne purent être rangés dans cette catégorie de *res* lorsqu'ils vinrent à être connus en Italie. Le même motif s'opposa à l'admission au nombre des *res Mancipi* des servitudes urbaines lorsque le raffinement des mœurs entraîna leur création.

(1) Gaius, *Com.*, I, §§ 190, 191 et 192.

(2) Accarias, *Précis*, p. 468, note 5, sous le n° 196, 3^e édit.

(3) Gaius, *Com.*, II, § 15 et 16.

D'où cette conséquence que la mancipation leur resta étrangère. Mais à dater du jour où le caractère de droit leur fut reconnu, elles purent faire l'objet d'une demande en justice et se trouvèrent susceptibles de *cessio in jure*. Cette dernière en effet, étant un procès fictif, s'appliquait nécessairement à tous les droits qui pouvaient être réclamés en justice. C'est à ce titre qu'elle devint, par la force même des choses, l'un des modes d'acquisition des servitudes urbaines. On pouvait également, cela va de soi, recourir à ce procédé pour la constitution des servitudes rurales ; les deux autres modes d'établissement furent appliqués aux deux classes de servitudes indistinctement, et de la sorte, il exista quatre moyens d'acquérir, dans le droit civil, une servitude rurale et trois seulement d'établir une servitude urbaine.

Ajoutons, et c'est là notre deuxième motif, que si le législateur croyait devoir soumettre à des formalités nombreuses l'aliénation des immeubles, pour les maintenir dans le patrimoine, il n'avait pas les mêmes raisons d'entourer de difficultés la constitution des servitudes. En matière de propriété, les modes d'aliénation, si l'on en excepte l'occupation, sont tous des modes de transfert ; on comprend, sans peine, qu'il ne soit pas permis de faire passer trop facilement les éléments les plus précieux de la fortune privée d'un patrimoine dans un autre. Au contraire, les modes d'acquisition en matière de servitudes sont des modes originaires, constitutifs du droit et non plus des modes de transfert, les servitudes étant incessibles de leur nature ; il s'agit uniquement de savoir s'il y a lieu de favoriser leur création, on conçoit très bien, dès lors, que la facilité apportée à leur établissement soit en raison directe des avantages qu'elles peuvent procurer. Les servi-

tudes rurales étant les plus utiles de toutes les servitudes, il est conforme à l'intérêt public de multiplier leurs modes d'établissement. Quant aux servitudes urbaines, comme elles sont moins nécessaires, il y a lieu de ne pas trop les multiplier. Par suite, il n'est pas surprenant qu'on n'ait pas créé pour elles des modes de constitution inapplicables aux servitudes rurales. C'est aussi la raison d'utilité publique qui a fait admettre la quasi-tradition des servitudes, pour rendre leur établissement possible sur les fonds provinciaux. De même que l'on était arrivé grâce à la tradition à créer sur ces fonds une sorte de propriété imparfaite qualifiée de possession, de même on arriva à l'aide de la quasi-tradition à constituer sur eux ou à leur profit des droits analogues aux servitudes.

Mais revenons à notre division dont nous nous sommes quelque peu écarté. Les mots *Servitudes prædiorum rusticorum* ou *prædiorum urbanorum* ont été employés dans le sens général de servitudes établies dans l'intérêt de l'agriculture ou en vue de la commodité des maisons, dit M. Ortolan (1), sans songer à préciser de quel fonds dominant ou servant il s'agirait. Nous croyons, au contraire, avec M. Accarias (2) et M. Machelard (3), dont nous partageons entièrement la doctrine, qu'il ressort clairement de ces expressions que c'est le fonds dominant, le fonds qui bénéficie de la servitude, qu'il faut seul considérer pour caractériser la servitude, et nous tenons que la classification a été maintenue sur les mêmes bases à toutes les époques du droit

(1) Ortolan, *Explication historique des Institutes*, t. II, n° 449, p. 320. 10^e édit.

(2) Accarias, *Précis de dr. romain*, t. I^{er}, n° 269, p. 642, 3^e édit.

(3) Machelard, *Distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, n° 6, p. 5, Paris, 1868.

romain. Si les Romains n'avaient eu en vue, comme le pense M. Ortolan, que l'utilité générale des servitudes, ils les auraient toujours appelées *Servitutes urbanæ et rusticæ* (1). S'ils emploient en général au lieu de cette expression celle de *Servitutes prædiorum urbanorum*, *servitutes prædiorum rusticorum*, ne sommes-nous pas admis à croire, à raison de l'analogie, et aussi du sens naturel des mots, que de même qu'ils appellent *Servitutes personarum* ou *rerum*, les servitudes établies au profit d'une personne ou d'un fonds, de même ils désignent par les mots de *Servitutes prædiorum rusticorum* les servitudes créées en faveur d'un immeuble rural, et par *Servitutes prædiorum urbanorum* les servitudes créées en faveur d'une construction. Cette interprétation est conforme à la donnée des Institutes (2), qui reconnaissent les servitudes urbaines à ce trait qu'elles s'ajoutent à la propriété d'un édifice et font corps avec lui *quæ ædificiis inhærent*. Elle est aussi en parfaite harmonie avec les idées reçues à Rome. L'étendue

(1) Ulpien, il est vrai, les qualifie ainsi, à la loi 1 au Dig., *Si servi. vindic.*, VIII, V. Mais c'est là un langage exceptionnel; il ne faut pas, croyons-nous, attacher une grande importance à cette expression employée une fois par hasard. Le jurisconsulte Ulpien se sert bien plus souvent des mots *Servitutes prædiorum rusticorum* ou *prædiorum urbanorum*. (L. 1 pr. Dig., *De Servi. præd. rusti.*, VIII, 3; l. 1, § 1, Dig., *Com. præd.*, VIII, 4; *Reg.*, tit. XIX, § 1.) Enfin, il ressort de la loi 1, Dig., VIII, 5, elle-même, que ce jurisconsulte, comme les autres, regardait plutôt les servitudes comme des droits appartenant aux fonds, que comme des obligations pesant sur eux. Il parle, en effet, à la fin du texte de la revendication d'une servitude de passage pour arriver à un sépulcre, or les droits seuls peuvent faire l'objet d'une action en revendication. Il adopte aussi, en la rapportant, la doctrine de Nératius qui limite l'étendue de la servitude aux besoins du fonds dominant. (L. 5 *in fine*, D., *De servi. præd. urba.*, VIII, 5.) S'il a continuellement en vue dans toutes ces circonstances le fonds dominant, il est bien à supposer qu'il a dû aussi lui attribuer la prépondérance pour la classification des servitudes en rurales et urbaines.

(2) Inst., liv. II, tit. III, § 1.

de la servitude s'y règle sur les besoins du fonds dominant (1). On se place encore au point de vue de ce fonds, lorsqu'il s'agit de définir les servitudes, puisqu'on les considère comme des droits (2) comme des qualités avantageuses des héritages. Cette phrase de Celse le prouve surabondamment : « *Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia, ut bonitas, salubritas, amplitudo* (3). »

Que faut-il entendre par les mots *prædia rustica* et *prædia urbana* en notre matière ? On s'accorde en général à reconnaître que la situation même des immeubles ne doit pas ici être prise en considération. Les textes viennent préciser le sens que nous devons attacher à ces expressions ; à les examiner superficiellement, on est tenté d'attribuer (comme on l'a fait parfois) (4) la qualification de *prædium rusticum* à tout fonds non bâti, *locus sine ædificio*, et celle de *prædium urbanum* aux constructions, qu'elles soient d'ailleurs élevées à la ville ou à la campagne : *Quia urbanum prædium non locus facit, sed materia* (5).

Ædificia urbana quidem prædia appellamus : cæterum et si in villa ædificia sunt, æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt (6). Le premier système paraît bien

(1) L. 5, § 1 *in fine*, Dig., *De Servi. præd. rusti.*, VIII, 3 ; l. 29 *in fine*, *eod. tit.*

(2) Inst., liv. II, tit. II, § 3, *De rebus incorpo.* ; l. 2, l. 6, Dig., *De serv. præd. urba.*, VIII, 2 ; l. 1 pr. et § 1, Dig., *De serv. præd. rusti.*, VIII, 3 ; l. 20, § 3, Dig., *eod. tit.*

(3) L. 86, Dig., *De Verbo. signi.*, l. 16.

(4) Ortolan, *Expli. hist. des Inst.*, t. II, § 446, p. 318 et seq., 10^e édit. Machelard, *op. cit.*, § 5.

(5) L. 198, D., *De Verbo signi.*, l. 16.

(6) L. 1 pr., Dig., *Comm. præd.*, VIII, 4. Voyez aussi Inst., *de Serv.*, liv. II, tit. III.

fondé en présence de ces deux textes ; mais si l'on va au fond des choses, on s'aperçoit qu'il faut encore tenir compte de la destination de l'immeuble avant de le ranger au nombre des *pædia rustica* ou des *prædia urbana*. Comprend-il à la fois des terrains bâtis et des terrains non bâtis ; on considère pour la classification le profit qu'on en pourra retirer, et la qualification du principal entraîne celle de l'accessoire (1). S'agit-il d'une maison spécialement destinée à l'habitation, le fonds sera urbain, encore qu'un jardin en fasse partie (2) ; en sens inverse une étale pourra être considérée comme fonds rural si elle sert exclusivement à une exploitation agricole. C'est qu'ici le fonds est surtout affecté à la production de fruits naturels (3). Les divers fragments des Pandectes, que nous venons d'énumérer, se contentent d'indiquer les caractères du *prædium urbanum*, mais ils permettent de déterminer aisément par *a contrario* le sens de l'expression *prædium rusticum*. Il était important de préciser l'acception de ces épithètes, car les textes emploient parfois les mots *prædia urbana* et *prædia rustica* avec une toute autre portée ; quand il s'agissait du gage tacite accordé au *locator* sur les meubles qui garnissent les fonds loués (4), et quand il

(1) Puchta, *Institu.*, t. II, § 253, p. 276, 9^e édit. — Destrais, *De la propriété et des servitudes*, § 72, p. 270 et suiv. — Accarias, *Précis*, t. 1, § 269, p. 642, note 2, 3^e édit.

(2) « *Pro inde hortos quoque, si qui sunt in ædificiis constituti, dicendum sit urbanorum appellatione contineri.....* L. 198 *in medio*, Dig., *De Verbo. signifi.*, L. 16. — Il faut rapprocher ce passage des deux fragments invoqués dans l'opinion adverse, car il émane comme eux du juriconsulte Ulpien, on arrivera ainsi à leur rendre leur véritable signification.

(3) L. 4, § 1, Dig., *In quib. caus. pigno*, XX, 2, l. 180 *pr.*, Dig., *De Verbo. signi.*, L. 16.

(4) Loi 24 *prin.*, Dig. et loi 7 § 1, *In quibus causis pignus*, XX, 2.

s'agissait d'appliquer le sénatus-consulte de Septime-Sévère qui défendait aux tuteurs et curateurs l'aliénation des *prædia rustica vel suburbana* appartenant à des pupilles ou à des mineurs de vingt-cinq ans. On entendait alors par *prædia rustica* tous les fonds, bâtis ou non, servant à une exploitation agricole, et par *prædia urbana* tous ceux situés à la ville.

Le système auquel nous nous rangeons, qui tient qu'il faut considérer la nature du fonds dominant pour qualifier la servitude, repose, comme nous venons de le voir, sur les données historiques et sur le langage usité généralement; cela est si vrai que d'ordinaire les meilleurs auteurs qui le combattent sont obligés d'avouer que tel a dû être primitivement le sens de la distinction; MM. Molitor (1), Maynz (2) et Demangeat (3) le reconnaissent explicitement. Mais, disent-ils, à l'époque classique, les anciennes expressions maintenues par la tradition ont un sens tout différent; l'importance de la distinction entre les servitudes rurales et urbaines s'était accrue, elle influait sur la quasi-possession des servitudes, institution de date récente et sur leurs modes d'extinction. Les jurisconsultes, étant donnée la nature logique de leur esprit, devaient chercher un *criterium* systématique de la distinction, *criterium* fondé sur les caractères internes, l'essence propre des servitudes. Mais l'accord qui existait entre les auteurs dont nous rappelions les noms ci-dessus, cesse quand il s'agit d'indiquer ce

(1) Molitor, *La possession, la revendication et les servitudes, etc.*, chap. des servitudes réelles, n° 31, p. 331 *in fine*, 2^e édition.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 132, p. 821 *in fine*, 4^e édition.

(3) Demangeat, *Traité de la condition du fonds dotal en droit romain*, sur la loi 6, *De fundo dotali*, p. 239 et note 4.

criterium rationnel. MM. Molitor et Ortolan ont cru le trouver dans la loi 3 au Dig., *De servi.*, VIII, 1, ainsi conçue : « *Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* » *Consistere in aliquâ re*, dit M. Molitor (1), veut dire être fondé sur une chose, y avoir sa raison d'être. Certaines servitudes prennent leur élément essentiel et constitutif dans le sol, *in solo consistunt*, ce sont les servitudes rurales, ex. : les servitudes de passage, de puisage. D'autres prennent leur consistance dans l'idée de superficie, c'est-à-dire d'une superposition quelconque au-dessus du sol, ex. : les servitudes de jour, de vue, *tigni immittendi*, etc... ; ce sont les servitudes urbaines. Sans doute le jurisconsulte Paul, auteur de la loi 3 au Dig., VIII, 1, ne dit pas qu'il nous présente là la définition des servitudes rurales et des servitudes urbaines, mais si l'on rapproche de ce texte un autre fragment du même jurisconsulte, la loi 20 au Dig., VIII, 2, où il nous donne des exemples des servitudes *quæ in superficie consistunt*, on s'aperçoit sans peine que toutes les servitudes citées par lui comme rentrant dans cette catégorie sont des servitudes urbaines. On peut en conclure *a contrario* que les servitudes *quæ in solo consistunt* sont des servitudes rurales.

Ce système nous semble trop abstrait, surtout dans une matière comme celle des servitudes où il est évident que la pratique précéda de beaucoup la théorie. Ses partisans sont obligés de supposer que la base de la classification fondamentale des servitudes en droit romain a changé à un moment donné, alors qu'on ne trouve pas de traces suffisantes d'une réforme aussi grave ; ils mettent de côté la

(1) Molitor, *De la possession, etc.*, chap. Des servitudes réelles, n° 31, p. 329, 2^e édition.

terminologie employée par les textes, enfin ils attribuent à un fragment de Paul assez obscur, de l'aveu même de M. Demangeat, une portée qu'il n'a pas. M. Accarias l'explique d'une façon beaucoup plus simple et qui nous paraît très juste, Paul a voulu dire uniquement : « Que certaines servitudes ne s'exercent qu'à l'aide de travaux faits sur le fonds servant (*superficiès*) alors que d'autres ne supposent rien de pareil (1). »

L'argument tiré de la loi 20 au Dig., VIII, 2, assez fort en apparence, ne résiste pas à un examen approfondi. Le *principium* de cette loi pris isolément, semble bien établir une corrélation entre les servitudes urbaines et les servitudes *quæ in superficie consistunt*, mais il est impossible de trouver une relation correspondante entre les servitudes rurales et les servitudes *quæ in solo consistunt*, en présence du § 1 de la même loi. Dans ce paragraphe, en effet, le jurisconsulte Paul nous donne l'exemple d'un cas où la servitude de passage sera servitude urbaine. Or, de l'avis de tous, c'est là la servitude rurale par excellence (2). La théorie de M. Ortolan se trouve donc tenue en échec par le texte même où l'on prétend trouver sa confirmation.

D'autres auteurs ont proposé de substituer à la division traditionnelle une division basée sur les avantages que procurent les servitudes, et les partagent en trois classes. Le caractère distinctif des servitudes rurales serait la discontinuité, les servitudes urbaines se reconnaîtraient à la continuité.

(1) Accarias, *Précis*, t. I, n° 269, p. 643, note 2, 3^e édit.

(2) Paul, *Sent.*, liv. I, tit. xvii, et lois 7, 23 et 26 au Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3 ; Ulpian, l. 1 au Dig., *eod. tit.*

Certaines servitudes supposent un fait actuel de celui qui a le droit et donnent au propriétaire du fonds dominant la faculté d'exercer certains actes sur le fonds servant, ex. : *jus eundi, agendi*, elles consistent *in faciendo* ; ce sont les servitudes rurales.

D'autres consistent *in habendo*, droit pour le propriétaire du fonds dominant d'avoir en permanence des ouvrages extérieurs qui nuisent au fonds servant, et de jouir de l'état de choses qui en résulte, ex. : *jus tigni immittendi* ; ou *in prohibendo*, droit de défendre au propriétaire du fonds asservi de disposer de sa propriété de telle manière déterminée, ex. : *jus non altius tollendi*, ou *jus ne luminibus officiatur*. Ce sont les servitudes urbaines qui rentrent dans ces deux dernières catégories.

Telle est la division tripartite imaginée par Stever et chaudement défendue par MM. de Vangerow (1) et Maynz (2). Elle a obtenu le suffrage de M. Demangeat (3).

Cette division renferme une grande part de vérité au point de vue doctrinal, la plupart des servitudes rurales sont en effet discontinues et les servitudes urbaines d'ordinaire sont continues ; mais si l'on se demande si elle correspond à la division en rurales et en urbaines, si les jurisconsultes romains ont eu en vue la continuité ou la discontinuité pour classer ces servitudes à une certaine époque, tout en maintenant le nom ancien, la négative n'est pas douteuse. Il serait bien singulier qu'ils se soient servis de l'expression *servitus prædii urbani* pour désigner

(1) De Vangerow, *Lerhbuch der Pandeckten*, t. I, § 339, n° 2, p. 796 et suiv., 6^e édition.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, t. II, § 132, p. 822, 4^e édition.

(3) Demangeat, *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 240.

une servitude consistant *in habendo* ou *in prohibendo*, alors qu'à maintes reprises, ils ont eu le soin de nous indiquer ce qu'ils entendaient par *prædium urbanum* ou *rusticum* en matière de servitudes.

M. Demangeat admet une troisième opinion, qui diffère à la fois de celle de MM. Molitor et Ortolan d'une part, et de celle de M. de Vangerow de l'autre, tout en s'inspirant de l'une et de l'autre. Il reconnaît avec le dernier de ces auteurs l'exactitude de la division en servitudes *in faciendo*, *in habendo* et *in prohibendo*, et il croit trouver avec les premiers le *criterium* de la distinction dans la loi 3 au Dig., *De Servi.*; MM. Ortolan et Molitor déclarent urbaines, nous l'avons vu, les servitudes *quæ in superficie consistunt*, qui supposent un état de superficie déterminé, ne fût-ce que d'une manière négative, comme au cas de servitude *non altius tollendi* ou *ne prospectui officiat*. M. Demangeat, quant à lui, cherche à compléter la pensée du jurisconsulte Paul, dont le langage à la loi 3 au Dig., VIII, 1, lui paraît manquer de clarté. Le savant professeur part de ce point de vue que la considération des constructions a évidemment inspiré à l'origine la distinction des servitudes en rurales et urbaines; il pousse à l'extrême le système de M. Ortolan, auquel il reproche de ne pas assez tenir compte de cette idée de construction. Sans aller aussi loin que nous et sans attribuer le caractère de servitude urbaine à toute servitude établie au profit d'un fonds urbain, il exige, pour reconnaître à une servitude cette qualité, que l'on ne puisse la concevoir sans qu'elle éveille en vous l'idée de construction. Voici, d'ailleurs, la règle à laquelle seraient arrivés d'après lui les jurisconsultes romains : « Toute servitude à laquelle vous ne pouvez songer sans que l'idée de construction se présente à votre esprit est

une servitude urbaine, lors même qu'il n'existe pour le moment aucune construction ; au contraire, est rustique la servitude que vous pouvez concevoir sans qu'elle appelle nécessairement dans votre esprit l'idée de construction (1). » La servitude de passage ne sera jamais urbaine encore qu'elle conduise à un bâtiment, car on peut très bien se représenter un droit de passage indépendamment de tout édifice. La servitude *non altius tollendi* au contraire sera toujours urbaine, encore qu'elle soit établie au profit d'un jardin ou de tout autre fonds non bâti, car on ne peut y penser sans que l'idée de construction soit immédiatement éveillée en vous.

Ce système est assez ingénieux et a rallié un grand nombre de partisans, mais il ne nous semble pas fondé ; il attribue dans tous les cas, avons-nous dit, le caractère de servitude urbaine à la servitude de ne pas bâtir. On ne peut y songer sans que l'idée de construction vous vienne à l'esprit. Si l'on fait intervenir le texte des Institutes : « *Prædiorum urbanorum servitutes sunt quæ ædificiis inhærent*, » on se demande où se trouve l'*ædificium* auquel la servitude doit être *inhærens*. On aboutit à cette conclusion qu'une servitude urbaine pourra exister alors qu'il n'existe aucune construction sur le fonds dominant ou sur le fonds servant. Il y aura cependant un *ædificium*, c'est-à-dire un *prædium urbanum*, et ce caractère, comme le fait remarquer M. Machelard (2), ne peut appartenir qu'au fonds servant, car dans l'espèce c'est au fonds servant qu'un certain état est imposé relativement à la

(1) Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 512, 3^e édit.

(2) Machelard, *Distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, n^o 15, p. 12 *in fine* et 13. — Paris, 1868.

superficie. Or n'est-il pas singulier de voir dans le fonds condamné à rester à l'état d'*area*, un *prædium urbanum* ou un *ædificium*, précisément parce qu'il ne peut acquérir cette qualité? On arrive à prendre le contrepied de la doctrine romaine d'après laquelle une servitude était urbaine quand elle était due *prædio urbano* et non pas *a prædio urbano*; nous voyons en effet le jurisconsulte Ulpien employer les expressions *Servitutes fundo debitas* et *servitutis urbano prædio dotali debitæ* (1).

C'est là une considération qui nous décide aussi à écarter la théorie, aujourd'hui complètement abandonnée, d'après laquelle on aurait dû envisager le fonds servant pour caractériser la servitude.

Revenons au système dont nous avons entrepris la défense. La grande objection qu'on lui adresse, c'est qu'il est obligé de reconnaître que la même espèce d'assujétissement pourra jouer le rôle, tantôt d'une servitude rurale, tantôt d'une servitude urbaine (2). Que ce soit peu ration-

(1) Lois 5 et 6, Dig., *De fundo dotali*, XXIII, 5.

(2) M. de Jhering (*Espr du dr. romain*, t. II, p. 224, note 373, traduction de Meulenaere, 2^e édition) reconnaît, avec nous, que la même servitude peut être tour à tour rurale ou urbaine, mais ce n'est pas, d'après lui, la nature interne de la servitude ou la qualité soit du fonds servant soit du fonds dominant qui a guidé les Romains dans leur classification. La pratique s'est placée, pense-t-il, pour diviser les servitudes en rurales et urbaines, au point de vue de l'utilité qu'elles peuvent présenter et du degré de permanence qu'on a voulu leur attribuer. Les parties ont-elles entendu donner à la servitude une existence indépendante de l'anéantissement du fonds dominant, par incendie par exemple, s'il s'agit d'une maison, la servitude sera rurale. On dit alors qu'elle est établie *in solo* (l. 3, Dig., *De Servi.*, VIII, 1), le sol ne pouvant périr. Elle est urbaine, au contraire, si elle est attachée à la superficie : et si elle doit s'évanouir avec la disparition du fonds dominant. Une servitude de passage, qui frappe en général le sol, pourra parfois affecter la superficie. Elle cessera, dans ce cas, lors de la destruction de la maison au profit de laquelle elle a été établie ; car constituer une servitude sur un *prædium urbanum*, c'est, à Rome, limiter sa durée à celle d'un édifice.

nel, nous n'en disconvenons pas et nous concédons volontiers que ce système n'est pas à l'abri de critique à cet égard. Les Romains auraient mieux fait, peut-être, de prendre pour base de leur division un élément inhérent à la nature de la servitude, mais cette idée ne leur est pas venue. Et ce qui a induit en erreur les défenseurs des diverses doctrines que nous cherchons à réfuter, c'est qu'ils sont partis de ce point de vue que les jurisconsultes romains, nos maîtres en matière de législation civile, n'avaient pu mal analyser les servitudes prédiales quant aux règles qui devaient les gouverner les unes et les autres. « Il vaut mieux reconnaître cette tache, comme l'a très bien dit M. Machelard, que s'évertuer à leur faire dire tout autre chose que ce qu'ils ont dit en réalité.... » La vérité historique est avant tout ce qu'il faut respecter (1).

Et cette conséquence du système de MM. Machelard et Accarias, que la même servitude sera tantôt urbaine tantôt rurale, nous ne la repoussons nullement. Bien au contraire, nous allons démontrer à l'aide de nombreux textes que cela se présentait pour plusieurs d'entre elles assez fréquemment. Et ces textes sont autant d'énigmes pour MM. Ortolan et Demangeat ; pour nous, nous en rendons compte de la manière la plus simple du monde ; la servitude d'aqueduc, par exemple, sera rurale si elle appartient à un fonds non bâti et urbaine si elle amène l'eau dans un fonds bâti. Que la servitude d'aqueduc ait ce caractère variable, c'est ce qui ressort de la loi 11 § 1, Dig., VI, 2,

(1) Machelard, *Distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*, § 19, p. 16.

De Publiciana in rem actione, qui en fait une servitude urbaine alors que les Institutes la mentionnent toujours parmi les servitudes rurales à la suite de l'*iter*, l'*actus*, la *via*. Ulpien, à cette loi 11, énonçant l'application de l'action publicienne aux servitudes urbaines, cite comme exemple la servitude d'aqueduc : « *Itemque servitutibus urbanorum prædiorum... forte si per domum quis suam passus est aqueductum transduci.* » Le même Ulpien, à l'occasion de l'interdit de *aqua quotidiana* (1), croit nécessaire de remarquer que cet interdit s'applique aussi bien à un aqueduc qui sert à l'irrigation d'un champ qu'à celui qui fournit de l'eau *ad usum et commodum nostrum*, c'est-à-dire à notre maison. Ce passage vient confirmer la loi 11 § 1, et enlever toute portée aux explications ingénieuses que nos adversaires ont vainement cherché à donner de ce texte qui les a jetés dans un grand embarras. On a d'abord prétendu avec Noodt (2) qu'il s'y trouve une interpolation de Tribonien ; M. Pellat (3) repousse cette conjecture. Pour M. Molitor, la servitude d'aqueduc, rurale quand la superficie du sol n'a pas été modifiée et que l'intervention de l'homme souvent réitérée est nécessaire pour faire couler l'eau, devient urbaine quand l'eau coule continuellement dans un canal construit en pierre qui a changé l'état de la servitude. Il reconnaît donc, en définitive, que la même servitude se prête à l'un ou l'autre

(1) Loi 1, § 11, Dig., *De aq. quati.*, XLIII, 20.

(2) Noodt, *Comm. ad Pand.*, liv. VI, tit. II, *De Publiciana in rem actione*, p. 203, Lyon, 1735.

(3) Pellat, *Exposé des principes généraux du droit-romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2^e édition, p. 542, Commentaire du liv. VI des Pandectes.

caractère (1) M. de Vangerow (2) et M. Maynz (3), pour se tirer d'affaire, décomposent la servitude d'aqueduc en deux servitudes dont chacune aurait un caractère différent. Elle serait rurale sur le fonds où se trouve la source, consisterait *in faciendo*, et deviendrait urbaine sur le fonds où sont posés les tuyaux, consisterait *in habendo*. Ces auteurs créent par là une classe de servitudes mixtes dont les Romains n'ont pas soupçonné l'existence. D'ordinaire, la servitude d'aqueduc grève un seul fonds duquel elle tire l'eau et qu'elle traverse pour la conduire au fonds dominant ; la servitude consistera donc à la fois *in habendo* et *in faciendo* pour le fonds servant, c'est-à-dire qu'elle sera à la fois rurale et urbaine, et jamais les textes ne nous parlent d'une servitude de ce genre. Aussi cette explication fantaisiste est-elle repoussée par M. Demangeat qui est bien près de se rallier au système auquel nous croyons devoir nous ranger, puisqu'il se résout à dire que, par exception aux principes ordinaires, la servitude d'aqueduc, rurale de sa nature, pourrait devenir urbaine si elle conduisait de l'eau dans une habitation pour l'usage de ses habitants (4). Pourquoi admettre cette règle pour

(1) Molitor, *De la possession et des servitudes*, p. 331 *in fine*. M. Molitor à ce passage nous semble se mettre singulièrement en contradiction avec ce qu'il disait p. 329, en réfutant en ces termes le système auquel nous adhérons : « Il suit de là qu'il est impossible d'admettre que la nature des servitudes urbaines et rurales puisse dépendre de la qualité du fonds dominant ou du fonds asservi, qu'une seule et même servitude puisse être tantôt rurale, tantôt urbaine, puisse tantôt être susceptible d'une *continua possessio* et tantôt ne pas l'être ; que la servitude de chemin, par exemple, qui est discontinue par sa nature puisse devenir susceptible d'une possession continue lorsqu'elle aurait été établie au profit d'une propriété bâtie ou, suivant d'autres, à la charge d'une propriété bâtie. Ce sont là autant de conséquences inadmissibles. »

(2) De Vangerow, *Lehrbuch der Pandekten*, t. II, § 339, n° 5.

(3) Maynz, *Cours de droit romain*, p. 282, note 19, 4^e édit.

(4) Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. 1, p. 515, 3^e édit.

la servitude d'aqueduc et ne pas la généraliser, alors que la même solution nous est indiquée pour d'autres servitudes ?

C'est ainsi que la loi 2 *prin.*, Dig., VIII, 3, fait une servitude rurale de la servitude *non altius tollendi*, rangée au nombre des servitudes urbaines par les Institutes, liv. III, tit. III, § 1^{er}.

Dans la loi 1, § 1, Dig., *De itinere actuque privato*, XLIII, 19, Ulpien nous apprend que l'interdit quasi - possessoire *De itinere actuque privato* ne protège que les seules servitudes de passage qui sont rustiques. « *Hoc interdictum prohibitorium est pertinens ad tuendas rusticas tantummodo servitutes.* » Or cet interdit ne protégeant jamais que les trois servitudes de passage, *iter*, *actus*, *via*, servitudes généralement considérées comme rurales, quel serait le sens du texte s'il ne voulait dire que parfois ces trois servitudes peuvent être urbaines, et qu'alors l'interdit ne s'y applique pas ? La loi 20, § 1, Dig., *De servi. prædio. urban.*, VIII, 2, vient confirmer cette interprétation en nous parlant d'un *iter urbanum* : « *Si domo mea altior area tua esset, tuque mihi per aream tuam in domum meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam per aream tuam esset vel gradus, vel clivos, propius januam meam jure facere possum ; dum ne quid ultra, quam quod necesse est, itineris causa demoliar.* » Le droit de passage accordé à travers votre terrain pour arriver à ma maison est certainement un *iter urbanum*, puisque notre fragment figure sous la rubrique *De servitutibus prædiorum urbanorum*, au milieu de textes tous relatifs aux servitudes urbaines. Aussi suppose-t-on qu'il est établi par la *cessio n jure* et non par la mancipation qui n'est accessible qu'aux servitudes rurales. Nos adversaires reconnaissent

qu'il y a ici exception à la règle, mais le grand nombre de ces exceptions n'est-il pas un indice que la règle, que l'on nous indique comme certaine, pourrait bien avoir échappé aux Romains.

Nous espérons avoir désormais établi, à l'aide de ces textes, que certaines servitudes pouvaient être tour à tour urbaines et rurales, ce qui est absolument conforme au système dont nous cherchons à établir le bien fondé. Nous ne nous arrêterons pas à l'objection qui consiste à dire qu'il dépendra du propriétaire du fonds dominant de changer à son gré la nature de la servitude, en élevant des constructions sur son fonds, ou en démolissant celles pré-existantes. La réponse se trouve dans la règle bien connue : Que la condition respective des deux fonds ne saurait être modifiée qu'avec le consentement des deux propriétaires. Le propriétaire du fonds dominant ne peut rien faire qui puisse aggraver la servitude, mais il peut, bien entendu, la rendre moins onéreuse.

Il est une autre critique bien plus sérieuse que nous avons déjà annoncée et dans l'examen de laquelle il est temps d'entrer. Les servitudes rurales, avons-nous dit, s'éteignent par simple non-usage, les servitudes urbaines par l'*usucapio libertatis*. Cette double règle nous est attestée par Paul dans ses Sentences, liv. I, tit. xvii, et surtout par Gaius à la loi 6 au Dig., *De serv. præd. urba.*, VIII, 2. Comment concilier cette doctrine avec la théorie de M. Machelard qui admet pour la même servitude tantôt le caractère urbain, tantôt le caractère rural, suivant la nature du fonds dominant? Soit une servitude de conduite d'eau par exemple, déciderons-nous que cette servitude s'éteindra par non-usage si elle est établie au profit d'un fonds rural et que l'*usucapio libertatis*, qui se

traduira en général par la démolition de l'aqueduc, sera nécessaire pour faire courir le délai de l'usucapion si l'eau est destinée aux besoins des habitants d'une maison? Donner une telle solution serait aller à l'encontre de la saine raison. On ne peut admettre que la même servitude, dont le mode d'exercice ne varie jamais, se trouve soumise à des règles différentes par suite de circonstances qui ne changent en rien sa nature. C'est donc le caractère interne de cette servitude qu'il faudra envisager pour déclarer si l'*usucapio libertatis* est nécessaire pour son extinction ou si le simple non-usage suffit. Il suivra de là qu'une servitude urbaine pourra être soumise aux règles des servitudes rurales et réciproquement. Quelle valeur dès lors attribuer à notre division?

L'objection est sérieuse, elle démontre les vices du point de départ adopté par les Romains pour leur classification, mais elle ne prouve pas que la solution indiquée par nous ne soit pas celle des textes. Il ne faut jamais oublier que les servitudes s'étaient établies par la pratique ; les règles les concernant s'étaient formées peu à peu, elles n'avaient rien de bien fixe ; au lieu d'examiner avec soin la nature des servitudes pour les ranger dans telle ou telle catégorie, ce qui eût nécessité un esprit d'analyse étranger aux premiers Romains, on s'était borné à les classer d'après ce qui frappait les yeux. Les servitudes au début avaient rendu des services, on avait coutume de n'y voir qu'une institution bienfaisante ; il était naturel de considérer le fonds auquel elles profitent ; est-ce une maison servant à l'habitation, la servitude sera urbaine, est-ce un fonds de terre, elle sera rurale. Lors de l'admission de cette classification, la matière des servitudes n'était pas encore réglementée. Lorsque la science du droit se fut développée, les

jurisconsultes, s'apercevant des inconvénients que pouvait présenter la multiplication trop grande des servitudes, les sou mirent à certaines règles. Ils auraient dû alors puiser dans les caractères internes des servitudes les éléments d'une classification invariable, mais ils ne l'ont pas fait ; se trouvant en présence d'une division ancienne bien établie, ils l'ont laissée subsister, ce que prouvent les divers textes desquels il ressort que la même servitude pouvait être tantôt rurale, tantôt urbaine. Ils n'ont pas songé que cette division, ne reposant pas sur la nature des servitudes comme les règles qu'ils avaient posées, pourrait parfois se trouver en désaccord avec elle. C'est ce qui se présente à propos de l'extinction des servitudes.

Afin d'éviter que la propriété ne fût grevée de droits réels trop nombreux, ces jurisconsultes firent décider que de même qu'un usage prolongé pendant un laps de temps donné peut faire acquérir une servitude sur le fonds qui joue le rôle de fonds servant, de même le propriétaire de ce fonds pourrait usucaper au bout d'un certain délai, la liberté de son héritage. Mais, pour cela, on exigeait de lui pendant toute cette période, la jouissance de son fonds à l'état de liberté. Et lorsqu'il s'agit de déterminer comment s'opérerait de la part du propriétaire du fonds servant la prise de possession qui devait amener l'extinction de la servitude, on remarqua que les modifications de la propriété qu'entraîne la constitution de servitudes, pouvaient se présenter sous deux formes distinctes : tantôt la servitude s'exerce par elle-même sans exiger le fait de l'homme (*Servitus ne luminibus officiatur, jus tigni immittendi, etc.*), tantôt la servitude ne se manifeste que par des faits positifs de la part de celui à qui elle est due (*jus pas-*

cendi, jus eundi). Dans ce dernier cas, dès que le propriétaire du fonds dominant cesse d'exercer le passage ou de conduire ses bestiaux paître sur le fonds du voisin, celui-ci est en possession de la liberté de son fonds. Que cet état dure pendant le temps de l'usucapion (*biennium*) sans nouveaux actes d'exercice de la servitude et elle se trouvera éteinte, d'où l'on dit que le simple non-usage entraîne la disparition de la servitude.

Se trouve-t-on au contraire, comme dans la première hypothèse, en présence d'une servitude qui s'exerce d'elle-même, d'un *jus tigni immittendi*, le propriétaire du fonds servant n'entre effectivement en possession de la liberté de son fonds que s'il fait un acte contraire à la servitude, s'il enlève la poutre du mur et masque le trou dans lequel elle reposait (1). On dit alors qu'il y a *usucapio libertatis* (2).

On s'aperçut en même temps que ces servitudes qui s'exerçaient elles-mêmes étaient, en général, celles établies au profit des bâtiments, et connues, pour cette cause, sous le nom de servitudes urbaines, tandis que celles qui nécessitaient l'intervention du propriétaire du fonds dominant rentraient le plus souvent dans la catégorie des servitudes rurales. Se basant sur ce qui se produisait le plus

(1) L. 6, Dig., *De serv. præd. urba.*, VIII, 2.

(2) M. Glasson fait remarquer qu'il s'agit ici, dans les deux cas, d'une véritable usucapion de la part du propriétaire du fonds servant. Ce serait une grave erreur, nous dit-il, de croire que pour les servitudes de la première espèce, l'extinction ait lieu au moyen d'une prescription extinctive; le propriétaire du fonds servant dans cette hypothèse a en réalité à acquérir un démembrement de sa propriété; et d'autre part l'extinction par non-usage remonte à l'ancien droit romain, c'est-à-dire à une époque où le *jus civile* ne connaissait pas encore la prescription extinctive. (Glasson, *De l'extinction des charges réelles par la prescription. Revue pratique de dr. français*, 1872, t. 34, p. 368.)

ordinairement, on déclara que les servitudes rurales s'éteindraient par le simple non-usage et les servitudes urbaines grâce à l'usucapion de la liberté. De là la loi 6 au Dig., VIII, 3, qui établit une antithèse entre les *jura prædiorum urbanorum* et les *jura prædiorum rusticorum* fondée sur cette différence de traitement eu égard à l'extinction du droit. Mais Gaius, l'auteur de ce texte, s'est uniquement placé au point de vue de ce qui se passait de droit commun : il nous donne la règle ordinaire, mais il n'a nullement entendu viser les cas exceptionnels. C'est ainsi que parfois, par la force des choses, un *jus prædii rustici* ne périra que par l'*usucapio libertatis*, et inversement il pourra arriver que le simple non-usage suffise pour l'extinction d'un *jus prædii urbani*.

Ces hypothèses seront extrêmement rares, mais peuvent se rencontrer cependant. Soit, par exemple, une servitude de ne pas bâtir ou de ne pas planter établie au profit d'un fonds où l'on cultive de la vigne. L'ombre d'une construction élevée ou de grands arbres pourrait empêcher la maturité des raisins. La servitude, pour nous, sera une servitude rurale, puisque le fonds dominant est destiné à une exploitation agricole. Néanmoins, le propriétaire du fonds servant ne pourra commencer à *usucaper* la liberté de son fonds que du jour où il aura enfreint la défense à lui faite en plantant des arbres ou en élevant une maison. On peut supposer, d'autre part, un aqueduc qui conduit de l'eau dans une maison pour le besoin de ses habitants ; il y a là une servitude urbaine, ce qui ne nous empêche pas de reconnaître que le simple non-usage suffira pour faire disparaître la servitude. Plusieurs textes, en effet, prennent soin de nous avertir que la servitude d'aqueduc se perd par non-usage.

Nous trouvons là la preuve de l'erreur dans laquelle sont tombés certains interprètes qui ont cru que la division des servitudes en rurales et urbaines répondait à notre division en servitudes continues et discontinues. Les Romains ont bien pressenti cette division, surtout à propos de l'extinction des servitudes par non-usage, dont nous nous occupons maintenant, mais ils n'ont pas su la formuler nettement (1). En tout cas, aucun texte ne laisse supposer, d'une façon positive, qu'ils aient entendu substituer la division moderne à la classification traditionnelle en servitudes rurales et urbaines. Si les servitudes urbaines nécessitent, en général, pour leur extinction l'*usucapio libertatis*, cela tient, en effet, au caractère de continuité qui se rencontre chez elles le plus souvent; et si les servitudes rurales, au contraire, périclent habituellement par le non-usage, c'est parce qu'elles sont discontinues d'ordinaire, mais la règle n'est pas absolue, puisque nous voyons la servitude d'aqueduc s'éteindre par non-usage, bien qu'elle soit considérée chez nous comme continue. L'aqueduc implique, soit la construction d'un canal en pierre, soit au moins la pose de tuyaux par lesquels l'eau coulera. Une fois ces ouvrages exécutés pour son assiette, la servitude s'exerce d'elle-même sans l'intervention de l'homme. Logiquement, on aurait dû exiger pour son extinction un acte contraire à son existence émanant du propriétaire du fonds servant, le fait, par exemple, de boucher le tuyau; nous savons cependant que le non-usage seul suffira (2).

(1) En ce sens Jousserandot, *L'Edit perpétuel*, t. II, n° 770, p. 221, et n° 1041, p. 387.

(2) Paul. *Sent.*, liv. I^{er}, tit. XVII. — Proculus, liv. XVI, Dig., *Quemad. serv. amit.*, VIII, 6.

La solution des juriconsultes romains sur ce point démontre clairement qu'ils n'avaient pas toujours analysé exactement les caractères internes des servitudes.

Nous avons essayé de dégager la règle qui doit séparer le domaine du *non usus* de celui qui appartient à l'*usucapio libertatis*, nous avons vu qu'il fallait laisser de côté en cette matière les considérations, qui, depuis un temps immémorial, servaient à classer les servitudes d'après la qualité du fonds dominant. La règle que nous avons indiquée ne cadre pas exactement, nous devons en convenir, avec la division des servitudes en rurales et urbaines, telle qu'elle a été comprise à Rome, selon nous. Mais, si les divisions qu'on a tenté de lui substituer sont plus satisfaisantes au point de vue rationnel, elles n'arrivent pas davantage, croyons-nous, à démontrer que le texte de Gaius (l. 6 au Dig., VIII, 2) contenait une vérité absolue en exigeant l'*usucapio libertatis* pour l'extinction des servitudes urbaines et en déclarant les servitudes rurales seules susceptibles de périr par le simple non-usage. M. Ortolan (1) reconnaît que sur ce point la jurisprudence romaine, partant de sa vieille division traditionnelle, pouvait quelquefois se trouver en défaut. Il avoue que certains cas spéciaux ne rentreront pas dans la règle générale qu'il indique.

Les deux autres solutions ne prêtent pas moins le flanc à la critique.

Prenons la division en servitudes consistant *in faciendo*, *in habendo* et *in prohibendo*. C'est, sans contredit, l'une des plus propres à expliquer la différence que l'on signale entre les diverses servitudes à propos de leur extinction.

(1) Ortolan, *Expl. his. des Inst.*, t. II, p. 323, 10^e édit.

Elle n'en arrive pas moins à des conséquences qu'on est obligé de répudier. La servitude d'aqueduc, en effet, n'est-elle pas *in habendo*? A ce titre elle devrait exiger pour son extinction l'usucapion de la liberté, et pourtant, nous l'avons déjà constaté, le non-usage suffit pour la faire disparaître.

Cette doctrine, d'autre part, attribue le caractère de servitudes urbaines à toutes les servitudes *in prohibendo*, et en cela elle rend bien compte de la nécessité de l'*usucapio libertatis* pour les servitudes négatives. Mais est-il bien facile de saisir la relation qui existe entre la faculté d'interdire tel acte au propriétaire voisin, et la notion d'une *servitus prædii urbani*, c'est-à-dire d'une *servitus ædificiis inhærens*, suivant la formule des *Institutes*? Où est l'*ædificium* auquel la servitude doit se rattacher, dans une servitude *non aquam quærere* établie au profit du propriétaire d'une prairie, en vue de lui assurer le maintien du volume d'eau dont il a l'habitude de se servir, soit pour l'irriguer, soit pour abreuver son bétail? Où est-il encore dans une servitude de ne pas planter, constituée en faveur d'une vigne pour empêcher le voisin de lui masquer par une ombre néfaste les rayons bienfaisants du soleil?

Si, de ce système, nous passons à celui de M. Demangeat, qui, plus respectueux de la terminologie romaine, exige pour l'existence d'une servitude urbaine que l'on ne puisse songer à la servitude sans que l'idée de construction s'éveille en vous, on peut se demander où il aperçoit l'idée de construction dans les deux servitudes que nous venons de mentionner. En appliquant son principe on devrait y voir des servitudes rurales pouvant s'éteindre par non-usage, alors cependant que, par la force même des choses, l'*usucapio libertatis* sera nécessaire. Inversement certaines

servitudes citées toujours au Digeste, comme des servitudes rurales, *servitutes calcis coquendæ* (1), *lapidis eximendi* (2) ne peuvent se concevoir sans qu'on songe immédiatement à une construction à faire sur le fonds dominant, alors surtout qu'elles ne peuvent être exercées qu'en raison des besoins du fonds (3). M. Demangeat, en conséquence, devrait en faire des servitudes urbaines et les soumettre à l'*usucapio libertatis*. Et cependant on comprend très bien ici que le non-usage à lui seul puisse faire disparaître la servitude.

Tenons donc, en dernière analyse, que l'on ne peut arriver, quoi qu'on fasse, à rendre la division romaine irréprochable. Mieux vaut ne pas la défigurer et avouer, comme nous le faisons, qu'elle était pleine d'imperfections. Si le Code civil a eu le tort de la reproduire par respect des traditions, nous ne pouvons que nous applaudir de voir que, tout au moins, il n'en a tiré aucune conséquence, relativement aux modes d'établissement des servitudes ou à leur extinction.

Nous nous sommes laissé entraîner, peut-être, un peu loin sur cette question, mais les divergences dont elle est devenue le point de départ, entre les romanistes modernes, nous serviront d'excuse. Avant de passer à une autre classification, indiquons pour mémoire les servitudes qui le plus souvent revêtent le caractère rural ou que les textes représentent d'ordinaire comme servitudes urbaines.

Parmi les servitudes rurales, les plus connues sont :
Le *jus eundi* ou *iter*, le *jus agendi* ou *actus*, la *via*, droit

(1) L. 1, § 1, Dig., *De servit. præd. rust.*, VIII, 3, Inst. *De Servit.*, liv. II, tit. III, § 2.

(2) L. 6, § 1, Dig., VIII, 3.

(3) L. 5 *in fine*, Dig., *eod. tit.*

de passer en voiture par un chemin frayé; *l'aquæhaustus*, droit de puisage; *l'aquæductus*, droit de conduire de l'eau; *l'adpulsus pecoris ad aquam*, droit d'abreuver un troupeau; le *jus parascendi*, droit de pacage; le *jus calcis coquendæ*, *arenæ fodiendæ*, *cretæ eximendæ*, *lapidis eximendi* (1), droit de faire cuire de la chaux, d'extraire du sable, de la craie ou de la pierre.

Parmi les servitudes urbaines nous citerons avec les Institutes (2) : Le *jus oneris ferendi*, droit d'appuyer des constructions ou de gros ouvrages sur le mur ou la maison du voisin.

Le *jus tigni immitendi*, droit d'appuyer des matériaux de construction ou autres ouvrages légers.

Le *jus stillicidii vel fluminis recipiendi*, droit de faire tomber l'eau d'un toit sur le fonds voisin soit goutte à goutte (*stillicidium*), soit par un égout (*flumen*.)

Le *jus stillicidii vel fluminis non recipiendi*, droit de ne pas recevoir l'eau du toit voisin.

Le *jus non altius tollendi*, droit d'empêcher le voisin de bâtir sur son fonds ou d'exhausser ses constructions.

Le *jus altius tollendi*, droit d'élever plus haut.

Le *jus prospiciendi*, droit de garder sa vue telle qu'elle est.

Le *jus projiciendi*, droit d'avoir un balcon en saillie sur le fonds voisin; le *jus protegendi*, droit de faire avancer un toit sur le fonds voisin.

Les textes des Pandectes en ajoutent quelques autres :

Le *jus luminum*, droit d'avoir des jours dans le mur voi-

(1) Lois 5, § 1, et 6, § 1, Dig., *De servit. præd. rusti*, VIII, 3; Voy. aussi Inst., *De servit.*, liv. II, tit. III, pr. et § 2.

(2) Inst. *De servit.*, liv. II, tit. III, § 1.

sin, dans un mur commun ou dans son propre mur, s'il n'est pas à la distance prescrite du fonds voisin, distance de dix pieds depuis Zénon (1).

Le *jus ne luminibus vicini officiatur*, qui défend au propriétaire du fonds servant de diminuer les jours du fonds dominant par des plantations ou des constructions. Cette servitude est plus rigoureuse que le *jus non altius tollendi*, qui prohibe seulement les constructions, mais moins rigoureuse que le *jus ne prospectui offendatur*, qui défend de rendre la vue moins agréable en supprimant un parterre de fleurs (2).

Deuxième classification. — Servitudes positives et négatives. — Les servitudes positives sont celles qui confèrent à leur titulaire le droit d'accomplir certains actes sur le fonds servant ou d'y élever certains ouvrages comme s'il était propriétaire. Elles consistent *in faciendo*, telle est la servitude de passage; ou *in habendo*, telle est la servitude d'aqueduc.

Les servitudes négatives sont celles qui confèrent à leur titulaire le droit d'exiger du propriétaire du fonds asservi qu'il s'abstienne de certains actes que par sa nature le droit de propriété l'autoriserait à accomplir. La servitude *non altius tollendi* et la servitude *non aquam quærere* (3) rentrent dans cette catégorie.

Toutefois, il faut remarquer que si les servitudes peuvent être tantôt positives, tantôt négatives au regard du titulaire, elles sont toujours négatives au regard du propriétaire du fonds asservi. C'est que la servitude consiste toujours pour

(1) L. 40, Dig., *De servit. præd. urban.*, VIII, 2 ; l. 12, § 3. Co., *De ædificiis privatis*, VIII, 10.

(2) L. 15, 16 et 17, Dig., *De servit. præd., urban.*, VIII, 2.

(3) L. 15, Dig., *De servit.*, VIII, 1.

lui à laisser faire ou à ne pas faire, mais jamais à faire (1) ; principe que nous avons développé quand nous avons passé en revue les caractères généraux communs à toutes les servitudes.

Troisième Classification. — Servitudes continues et servitudes discontinues.

Cette classification n'a jamais été exprimée en termes formels par les jurisconsultes romains, mais quelques commentateurs modernes, notamment M. Maynz, croient trouver l'origine de cette division adoptée chez nous dans la division en servitudes urbaines et rurales. Les Romains, tout en maintenant l'ancienne dénomination par respect pour la tradition, à partir d'une certaine époque, se seraient laissé guider pour ranger les servitudes dans l'une ou l'autre catégorie par le caractère de continuité ou de discontinuité. Nous avons déjà fait justice de ce système, à propos de la division des servitudes urbaines et rurales. Nous tenons donc que la division des servitudes en continues et discontinues n'a jamais été formulée chez les Romains. Ils n'avaient pas d'idées bien nettes à ce sujet, ils nous citent souvent comme continues des servitudes rurales qui devaient être discontinues.

On invoque la loi 14 *prin.*, Dig., *De serv.*, VIII, 1, où Paul rejette l'usucapion des servitudes rurales, non-seulement parce que ce sont des choses incorporelles qui ne peuvent faire l'objet d'une possession, mais encore parce que cette possession ne pourrait pas être continue à raison du caractère discontinu de ces servitudes. S'il en eût été ainsi, l'usucapion aurait été permise pour les servitudes

(1) L. 15 § 1, Dig., *De servit.*, VIII, 1.

urbaines qui sont continues ; or le premier motif donné par Paul suffisait pour l'exclure « *Incorporales sunt et ideo usu non capiuntur*, » et ce motif s'applique aussi bien aux servitudes urbaines que leur caractère de continuité aurait dû y soustraire, car la loi 14 *prin., in fine*, nous dit : « *Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* »

CHAPITRE II.

De l'établissement des Servitudes réelles.

Nous allons entrer maintenant dans le vif du sujet et aborder les modes de constitution des servitudes. Les servitudes peuvent s'établir à un certain point de vue par *translatio* ou par *deductio*.

Par *translatio*, lorsque l'on concède une servitude au voisin ; elle fait alors l'objet direct d'une aliénation et entre dans un patrimoine où elle ne figurait pas encore.

Par *deductio*, lorsqu'un propriétaire aliène un fonds en se réservant une servitude sur le fonds vendu, un droit de passage par exemple, au profit d'un autre fonds qu'il conserve. Dans ce cas, on dit qu'il y a *deductio detractio* ou

relentio servitutis, c'est qu'en effet le propriétaire ne fait pas entrer un droit nouveau dans son patrimoine, mais il conserve un des attributs que lui conférait son droit de propriété sur le fonds, en cédant tous ses autres droits sur le même fonds.

A un autre point de vue les servitudes se constituent ou *inter vivos* ou *mortis causa*.

Les modes de constitution des servitudes, comme la plupart des autres institutions juridiques, ont varié suivant les époques; on peut ramener à trois ces époques :

1^o Epoque de l'ancien droit civil.

2^o Epoque du droit prétorien.

3^o Epoque du droit de Justinien.

Mais avant d'aborder les modes du droit civil, demandons-nous qui peut constituer ou acquérir une servitude?

Pour constituer une servitude il faut être propriétaire du fonds sujet actif ou passif du droit et avoir la capacité de disposer de sa chose de la façon dont on le fait (1); encore cette qualité ne suffit-elle pas toujours; à raison du principe de l'indivisibilité des servitudes, lorsqu'un fonds appartient à plusieurs, il faut le consentement de tous les copropriétaires soit pour acquérir une servitude à son profit, soit pour en établir une sur ce fonds; mais dans ce dernier cas, il n'est pas besoin que tous les copropriétaires concèdent en même temps la servitude, ils peuvent le faire successivement et toutes les cessions sont réputées faites au moment de la dernière (2).

Les détenteurs précaires ou possesseurs ne peuvent concéder des servitudes. Cependant le droit prétorien en vint

(1) Loi 1, § 1, et l. 6 *prin.*, l. 8, Dig., *Communia prædio.*, VIII, 4.

(2) L. 18, Dig., *Com. præd.*, VIII, 4.

à protéger, au moyen d'interdits ou par des actions utiles, les servitudes établies par un emphytéote ou un superficiaire (1), prenant en considération la longueur du bail et à raison de la faveur attachée par les Romains à des contrats qui leur avaient permis de mettre en culture les immenses *latifundia* des provinces et les domaines des municipes. Mais il va sans dire que ces droits s'éteignaient de plein droit à la fin de l'emphytéose et de la superficie (2).

Enfin le nu-propriétaire peut acquérir une servitude, puisque la condition de l'usufruitier s'en trouve améliorée ; mais il ne peut en établir une sur le fonds, même avec le consentement de l'usufruitier (3). C'est là une conséquence exagérée de la maxime : « *Servitus servitutis esse non potest.* »

L'usufruitier ne peut acquérir une servitude pour le nu-propriétaire du fonds dont il jouit, en vertu de la règle : *Nemo alieno nomine stipulare potest*, et il ne peut le faire davantage en son propre nom, car la servitude cesserait à sa mort avec l'usufruit, et la *causa perpetua* ferait défaut, puisqu'on pourrait prévoir l'époque à laquelle cette servitude n'aurait plus d'effet.

Mais ce n'est point assez d'être propriétaire, il faut en outre être capable de constituer la servitude. Nous ne dresserons pas la longue liste des incapables ; qu'il nous suffise de citer le cas le plus remarquable, celui de la femme pubère en tutelle. Elle ne pouvait constituer seule une servitude rurale. Cette impossibilité provenait de la défense,

(1) L. 1, § 9, Dig., *De superficibus*, XLIII, 18.

(2) *Frag. Vat.*, § 61, et l. 1 *prin.*, Dig., *Quibus modis ususfructus amitt.*, VII, 4.

(3) L. 15, § 7, Dig., *De usuf. et quemad.*, VII, 1.

qui lui était faite, d'aliéner ses *res mancipi sine auctoritate tutoris*. D'un autre côté, rien ne s'opposait à ce qu'elle pût acquérir seule une telle servitude.

SECTION PREMIÈRE.

Des Modes d'établissement du droit civil.

La servitude étant un démembrement du droit de propriété, il n'y a que les modes qui servent à acquérir la propriété qui pourront faire acquérir les servitudes, et encore devons-nous écarter plusieurs d'entre eux.

Les servitudes, pures créations du droit civil, n'admettront pour les établir que les modes purement civils, il faudra donc écarter tous les modes du droit des gens.

Enfin la servitude est une chose incorporelle non susceptible de possession.

Par la combinaison de ces trois principes, nous écartons l'occupation, la tradition et l'usucapion. L'occupation, parce qu'elle suppose la prise de possession d'une *res nullius*, et ne s'applique qu'aux *res corporales*, tandis que les servitudes sont des *res incorporales*, des droits portant toujours sur des *res alicujus*. La tradition et l'usucapion, parce qu'elles ne peuvent s'appliquer qu'aux choses corporelles susceptibles de possession (1). Toutefois l'usucapion des servitudes fut admise à une certaine époque, malgré leur caractère de choses incorporelles; la loi *Scribonia* la défendit.

Restent donc quatre modes d'acquérir qui s'applique-

(1) Gaius, *Com.*, 11, § 28.

ront aux servitudes : la mancipation, l'*in jure cessio*, l'*adjudicatio*, le legs *per vindicationem*. Nous consacrerons un paragraphe à chacun de ces modes d'acquérir et un cinquième paragraphe sera consacré à l'usucapion, puisqu'elle fut admise durant une certaine période.

§ 1.

DE LA MANCIPATION.

La mancipation est un mode d'aliénation solennel, volontaire, du droit civil, propre aux personnes qui ont le *jus commercii*, c'est-à-dire aux seuls citoyens romains, aux latins et aux choses qui sont des *res mancipi*. C'est une vente fictive dont les formes nous ont été conservées par un texte de Gaius. (*Commentaire* 1, § 119) (1). La mancipation ne s'appliquait qu'aux servitudes rurales établies sur les fonds italiques, seules jugées dignes par les Romains de figurer parmi les *res pretiosiores*, les *res mancipi*. L'existence de ces servitudes fut admise de bonne heure pour favoriser l'agriculture, et c'est sans doute à raison de cette ancienneté et à raison de leur caractère éminemment utilitaire qu'elles furent protégées avec plus de faveur que les servitudes urbaines, ces dernières étaient moins indispensables et ne parurent que plus tard. Pour les constituer, on devait recourir à l'*in jure cessio*, c'est-à-dire se présenter devant un magistrat investi de la *jurisdictio* et il n'en existait pas dans toutes les villes, c'eût été en tous cas une entrave sérieuse à la campagne. Quant aux servitudes rurales, vues d'un œil si favorable, il

(1) Voir aussi Ulpien, *Reg.*, tit. 49, § 3 et 6, et *Frag. Vat.*, § 50.

fallait en rendre l'acquisition aussi facile que possible ; or la mancipation est à la portée de tous. Les deux personnes qui sont tombées d'accord d'établir une servitude rurale n'ont qu'à réunir six de leurs concitoyens pubères et jouissant du *jus commercii*. Cinq d'entre eux, *classici testes*, servent de témoins et représentent les cinq classes du peuple romain. Un sixième, nommé *libripens*, tient une balance destinée à peser le lingot d'argent, symbole du prix payé pour l'acquisition, car, ne l'oublions pas, la mancipation était une vente fictive. C'est ce qui explique la présence des cinq *classici testes* ; la propriété à Rome venant de l'Etat, il doit intervenir dans sa transmission, au moins quand il s'agit des choses les plus précieuses, les *res mancipi* ; les cinq témoins représentent l'Etat. Cette idée de vente rend compte également de la présence du *libripens* et de sa balance ; à l'origine, la vente était réelle et l'argent non monnayé, il fallait dès lors peser les lingots. Quand l'argent devint monnayé, on maintint la pesée par respect de la tradition, mais elle ne fut plus que figurée. La mancipation étant un mode solennel d'acquérir, on ne pouvait supprimer aucune formalité sans altérer l'institution tout entière. La mancipation pouvait faire acquérir les servitudes directement *per translationem* et aussi *per deductionem* au moyen de la réserve d'une servitude à créer faite par celui qui aliénait la chose. Et il est à remarquer que pour l'établissement des servitudes *per deductionem*, la mancipation s'appliquait aussi bien pour les servitudes urbaines que pour les servitudes rurales (1), c'est qu'ici ce n'était pas la servitude qui était mancipée, l'aliénation portait sur le *prædium* moins la servitude, et

(1) Gaius, *Com.*, 11, § 33.

le *prædium* était bien une *res Mancipi*. Quant à la servitude conservée, il n'y avait aucune acquisition effectuée, le propriétaire ne faisait que soustraire à l'aliénation une part de sa propriété, la mancipation ne portait en rien sur elle.

Le paragraphe 33 du commentaire II de Gaius se réfère, il est vrai, à l'usufruit, mais comme cet usufruit est également une *res nec Mancipi* qui, au cas d'aliénation de la nue-propriété, reste sur la tête de l'aliénateur, sans aucun doute ce texte est applicable au cas d'une servitude urbaine.

Nous aurons du reste maintes fois à appliquer par voie d'analogie à notre matière des textes qui visent l'usufruit, mais cette extension est formellement autorisée par Gaius lui-même dans la loi 5, Dig., *De Servitutibus*, VIII, 1, qui porte : « *Via, iter, actus, ductus aquæ iisdem fere modis constituitur, quibus et usumfructum constitui diximus.* » Les servitudes prédiales s'établissent à peu près comme l'usufruit. Ce mot *fere* a pourtant été interprété de diverses manières. Cujas explique la loi V, *De Servitutibus*, par cette différence entre les servitudes prédiales et l'usufruit que tandis qu'on peut léguer un fonds *deducto usufructu*, on ne peut léguer ce même fonds déduction faite de la servitude qu'il possède sur un autre fonds. En effet, ajoute ce jurisconsulte, la servitude ne peut pas être séparée du fonds comme on sépare l'usufruit de la nue-propriété. Cette interprétation donnée par Cujas nous est rapportée par Pothier dans ses *Pandectes* (1). Mais en employant l'expression *fere*, Gaius ne

(1) Pothier, *Pandectes*, liv. VIII, *Des servitudes*, art. 3, p. 257 *in fine*.
— Lyon, 1782.

songeait-il pas plutôt aux servitudes rurales qui ne peuvent s'acquérir par mancipation, mode inapplicable à l'usufruit ? Nous préférierions cette explication à celle de Cujas.

Notons enfin que la *deductio servitutis* devait être faite dans la mancipation elle-même, des conventions antérieures s'y référant ne suffiraient pas. On oppose pourtant la loi 35, Dig., *De Servi. Præd. urban.* où Marcien nous dit : « *Si binarum ædium dominus dixisset eas, quas venderet, servas fore, sed in traditione non fecisset mentionem servitutis, vel ex vendito agere potest, vel incertum condicere ut servitus imponatur.* » Mais dans ce texte, il faut remplacer le mot *traditione* par *mancipatione* ou *in jure cessione*, la *deductio*, nous le savons, ne pouvant se rencontrer dans la tradition, mode du droit des gens ; ce qui ressort des *Fragments du Vatican*, § 47 : « *Per mancipationem deduci ususfructus potest, non etiam transferri,* » texte applicable aux servitudes en vertu de l'analogie bien souvent signalée. Le mot *traditione* que nous trouvons à la loi 35 est dû à une correction probable des compilateurs de Justinien ; ils ont voulu mettre ce texte en harmonie avec les institutions en vigueur sous cet empereur ; la *mancipatio* et l'*in jure cessio* avaient disparu et étaient remplacées par la tradition. Ce qui prouve péremptoirement que le fragment de Marcien a été remanié, c'est qu'il y est question d'une maison *res Mancipi*, et à l'époque où vivait ce jurisconsulte, la mancipation ou la *cessio in jure* était nécessaire pour opérer l'aliénation d'une chose de ce genre.

Il est encore un autre texte où il nous a été permis, cette fois grâce à la découverte des *Fragments du Vatican*, de surprendre les compilateurs du Digeste en flagrant délit d'interpolation, il est dû au jurisconsulte Ulpien et est ainsi

conçu : « *Si duo fundi deducto usufructu proprietatem tradiderint* » (1). Mais au § 80, *Frag. Vati.*, dont il est la reproduction et qui a échappé à l'altération, on trouve *mancipaverint* au lieu de *tradiderint*. On pourrait citer enfin la loi 3, Dig., *Commu. præd.*, qui porte que si le propriétaire de deux fonds en donne un à condition que ce fonds devra une servitude à celui qu'il retient ou réciproquement, la servitude est légitimement établie. Mais ce passage tiré de Gaius *ad edictum provinciale* ne s'applique qu'aux fonds provinciaux, pour lesquels la quasi-tradition des servitudes était admise.

§ 2.

DE LA CESSIO IN JURE.

La *cessio in jure* est un mode d'acquérir du droit civil, volontaire, solennel. C'est un procès fictif dans lequel figurent trois personnes : le magistrat, l'acquéreur et l'aliénateur. C'est un acte de juridiction gracieuse. On n'a pas besoin d'aller trouver le magistrat devant son tribunal. L'acquéreur affirme son droit de propriété sur la chose en litige, l'aliénateur protesterait si c'était un procès véritable, mais ici, il ne conteste pas. Et le magistrat fait *addictio* à l'acquéreur par application du principe *confessus in jure pro judicato habetur*. L'aliénateur par son silence est réputé reconnaître le bien fondé de la demande de son adversaire.

En matière de servitudes, la *cessio in jure* sera le simu-

(1) Loi 3, § 1, Dig., *De usufructu ad crescendo*, VII, 2.

lacre de l'action confessoire ; celui au profit duquel on se proposera d'établir une servitude prétendant qu'il y a droit sur le fonds du constituant.

L'*in jure cessio* s'appliquait à la constitution des servitudes urbaines (1) aussi bien qu'à la constitution des servitudes rurales. C'était même le seul mode volontaire du droit civil employé à l'établissement des servitudes urbaines. Pour ces dernières on avait souvent recours à ce procédé, la mancipation leur étant inapplicable et les autres modes ne conférant souvent que la protection prétorienne. L'*in jure cessio*, à l'égal de la mancipation, se prêtait à l'acquisition des servitudes aussi bien *per deductionem* que *per translationem*. Quand on voulait en établir une *per deductionem*, on cédait l'immeuble *in jure* en se réservant un droit de servitude ; la réserve devait être faite dans les paroles sacramentelles elles-mêmes. Seulement, un point qui reste dans l'ombre et sur lequel les renseignements nous font défaut, c'est celui de savoir par quel symbole on était arrivé à représenter la chose à acquérir, au moment où l'on prononçait les paroles solennelles. Car il faut remarquer que dans l'*in jure cessio* comme dans la mancipation, à l'origine, l'acquéreur devait formuler sa prétention *rem tenens* ; s'il s'agissait de meubles on les apportait, pour les immeubles on avait fini par admettre qu'on pouvait les manciper ou les céder *in jure* de loin (2). C'est sans doute par extension de la même règle que ces modes furent appliqués aux servitudes qui, à titre de *jura*, ne purent jamais faire l'objet d'une détention matérielle.

(1) Gaius, *Com.*, II, § 29.

(2) Gaius, *Com.*, I, § 121.

Il est encore plusieurs autres règles communes à la mancipation et à l'*in jure cessio* dont nous devons dire ici quelques mots :

1^o Ces deux modes d'aliénation, appartenant l'un et l'autre au *jus civile* (1), faisaient acquérir le *dominium ex jure Quiritium*, ils ne s'étendaient pas par suite aux fonds provinciaux dont on ne pouvait avoir que la *possessio*, ils ne s'appliquaient qu'entre citoyens romains et fonds italiques ou fonds ayant obtenu le *jus italicum*.

2^o L'*in jure cessio* et la mancipation ne comportaient ni terme ni condition. La condition *ex qua* et le terme *a quo*, qui auraient eu pour effet soit de tenir en suspens l'existence du droit, soit d'en retarder la naissance, ne pouvaient se concevoir, puisque les paroles prononcées par l'acquéreur étaient l'affirmation d'un droit certain et actuel. Ce terme ou cette condition auraient entraîné l'annulation de l'acte tout entier. Quant au *dies ad quem* et à la condition *ad quam*, si on pouvait les insérer dans une *in jure cessio* comme dans une mancipation, cela tenait à la nature du droit de propriété qui ne pouvait être transféré *ad tempus* et non pas à la forme de ces actes ; d'où l'*in jure cessio* d'un droit d'usufruit comportait très bien ces modalités.

La mancipation et la *cessio in jure* étaient déjà reconnues par la loi des Douze Tables (2), elles disparurent sous Justinien. Elles n'avaient plus de raison d'être en effet lorsqu'on cessa de distinguer les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi* et le *dominium ex jure Quiritium* de l'*in bonis*.

(1) Gaius, *Com.*, II, § 65.

(2) *Frag. Vatic.*, § 50.

§ 3.

DE L'ADJUDICATIO.

L'*adjudicatio* est un mode d'acquérir non volontaire. Elle consiste en une attribution de propriété faite par le juge en vertu d'un pouvoir spécial qui lui appartient seulement dans les actions en partage *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, et en bornage *finium regundorum* (1).

L'*adjudicatio* était un acte sérieux, à la différence de l'*in jure cessio*, procès fictif ; elle avait lieu *in judicio* devant le *judex*, qui attribuait la propriété ou un de ses démembrements en adjugeant, tandis que l'*in jure cessio* avait lieu *in jure* devant le magistrat. Le juge, en adjugeant à chacun un lot dans l'action en partage d'une hérédité (*familiæ erciscundæ*) ou d'une chose commune (*communi dividundo*), pouvait, s'il le trouvait à propos, grever un ou plusieurs des immeubles qui y étaient compris de servitudes prédiales en faveur d'immeubles faisant partie d'autres lots et réciproquement. Mais il fallait établir la servitude au moment même de l'adjudication des immeubles grevés ; lorsqu'elle avait été prononcée, il n'était plus possible de réparer cette omission. Ce droit du juge est formellement reconnu par un texte d'Ulpien ainsi conçu : « *Sed etiam, cum adjudicat, poterit imponere aliquam servitutem, ut alium alii servum faciat ex iis, quos adjudicat : sed si pure alii adjudicaverit fundum, alium adju-*

(1) Ulpien, *Règles*, tit. XIX, § 16.

dicando, amplius servitutem imponere non poterit (1). » Le droit d'adjuger des servitudes ne s'étendait qu'aux immeubles soumis au pouvoir du juge, c'est-à-dire compris dans l'action en partage et en bornage. C'est ce qui résulte de la loi 18, au Dig., *Communi dividundo*, X, 3 : « *Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest : quia ultra id, quod in judicium deductum est, excedere potestas judicis non potest.* »

L'*adjudicatio* était inférieure à la mancipation et à l'*in jure cessio* en ce qu'elle ne conférait pas toujours une servitude protégée *ex jure civili*, elle n'avait cet effet que dans les *judicia legitima*, c'est-à-dire dans les jugements rendus à Rome ou dans un rayon d'un mille autour de Rome par un seul juge et entre citoyens romains (2). La servitude créée dans un *judicium imperio continens* n'aurait existé que *tutitione prætoris* (3). Si, par suite d'un partage, une portion d'un fonds se trouve enclavée, la servitude de passage sur les autres portions sera concédée implicitement par le partage. S'il a eu lieu *adjudicatione*, le droit de passage sera censé renfermé dans le jugement.

§ 4.

DU LEGS.

Que les servitudes puissent être établies par testament, cela ressort clairement du liv. 33, tit. 3, au Dig., qui porte pour rubrique *De servitute legata*. Le testament est même

(1) Loi 22, § 3, Dig., *Familix erciscundæ*, X, 2.

(2) *Frag. Vatic.*, § 47.

(3) Loi 44, § 1, Dig., *Familix erciscundæ*, X, 2.

le seul mode d'établissement des servitudes *mortis causa*. Mais il importe, à l'époque de l'ancien droit civil, tout au moins, de distinguer entre les diverses espèces de legs. On sait qu'à cette époque les legs pouvaient être faits sous quatre formules différentes : legs *per vindicationem*, legs *sinendi modo*, *per damnationem* ou *per præceptionem*.

Le legs *per vindicationem* transférait seul la propriété ou les droits réels au légataire : « *Post aditam hereditatem statum ex jure Quiritium res legatarii fit*, » nous dit Gaius (1). Le legs *per damnationem* et celui *sinendi modo*, que l'on finit par confondre avec le précédent, ne faisaient naître, pour le légataire, qu'un droit de créance qu'il fera valoir par une *condictio ex testamento*. L'héritier institué était tenu d'établir sur un fonds héréditaire une servitude au profit du légataire ; il avait recours pour cela, soit à la mancipation, soit à l'*in jure cessio*. Il serait donc inexact de considérer ici la servitude comme créée par le testament lui-même, bien qu'elle y puise sa raison d'être. Reste le legs *per præceptionem*, sur les effets duquel il y avait controverse entre les deux grandes écoles de jurisconsultes romains. Fait-on abstraction de la formule de ce legs pour n'y voir avec les Proculéiens qu'un legs *per vindicationem*, on doit décider qu'un semblable legs pouvait servir à constituer une servitude. Il faut, au contraire, lui refuser cet effet, si l'on s'attache rigoureusement à la formule employée, et si l'on déclare, avec l'école Sabinienne, que le legs *per præceptionem* n'engendre qu'un droit de créance. Si l'on en croit Ulpien, ce serait la doctrine Proculéienne qui aurait triomphé.

Il suit de là que le droit réel ne peut être constitué

(1) Gaius, *Com.*, II, § 194.

ipso jure que par le legs *per vindicationem*, et sous ce nom sera compris le legs *per præceptionem* pour les Proculéiens. Paul, qui appartenait à cette école, ne nous laisse aucun doute à cet égard : « *Ex causa quidam damnationis per heredem præstabitur, ipso autem jure per vindicationem (1).* »

La servitude n'est valablement constituée par legs *per vindicationem*, que si le légataire est propriétaire du fonds appelé à bénéficier de la servitude, au moment de la confection du testament et à celui de la *diei cessio*. L'établissement des servitudes par legs peut avoir lieu *per translationem* ou *per deductionem*.

Il a lieu *per translationem*, quand le testateur propriétaire de deux fonds les lègue à deux personnes différentes et impose à l'un une charge en faveur de l'autre, ou quand il impose une charge à un fonds qu'il laisse *in hereditate* au profit d'un autre fonds qui ne lui appartient pas et qui n'appartient pas non plus à l'héritier ou au légataire.

Il a lieu *per deductionem*, au contraire, lorsque le testateur grève un fonds légué à une tierce personne au profit d'un autre fonds resté *in hereditate* ou au profit d'un immeuble appartenant à son héritier. C'est ce que constate le jurisconsulte Pomponius, qui nous rapporte l'opinion de Proculus en ces termes : « *Proculus putat insulam posse [ita] legari, ut ei servitus imponatur, quæ alteri insulæ hereditariæ debeat, hoc modo : si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo alius ea ædificia tollantur, tum [ei] eorum ædificiorum usumfructum do, lego (2).....* »

(1) Paul, *Sent.*, liv. III, tit., vi, § 17.

(2) L. 19, Dig., *De usufructu et quemad.*, VII, 1.

§ 5.

DE L'USUCAPION.

La matière de la prescription des servitudes est l'une des plus importantes de notre thèse, aussi nous proposons-nous de la développer assez longuement; nous ne pouvons, toutefois, qu'effleurer ici la question, en étudiant l'usucapion considérée comme mode d'établissement des servitudes à l'époque du droit civil; elle se trouvera traitée plus à fond à propos de la *longi temporis præscriptio* dans la section II du présent chapitre, où nous passerons en revue les modes de constitution des servitudes en droit prétorien.

Au point de vue de la prescription des servitudes, la législation romaine se divise en trois périodes distinctes. Cette prescription, d'abord admise sous le nom d'usucapion à une certaine époque, fut supprimée par une loi *Scribonia*, dont nous aurons à parler dans quelques instants, puis rétablie par le préteur sous le nom de *præscriptio longi temporis* ou de *diuturnus usus*.

D'où viennent ces hésitations et ces changements de législation? Ils ne peuvent s'expliquer, croyons-nous, que par la difficulté du problème que les jurisconsultes avaient à résoudre.

Si l'on se place au point de vue théorique et rationnel, on se trouve en présence de motifs également puissants, dont les uns militent en faveur de l'admission de la prescription des servitudes, et dont les autres vous poussent à restreindre le plus possible cette institution.

L'intérêt de l'agriculture, d'une part, exige que l'acqui-

sition des servitudes soit facilitée, d'autant plus que pour un très grand profit réalisé en faveur du fonds dominant, elles n'imposent pas d'ordinaire une bien grande gêne au fonds servant. De l'autre, il faut prendre garde que cette prescription n'arrive à des résultats injustes ; l'exercice des faits susceptibles de constituer une servitude est souvent toléré par pure bienveillance, et par suite de relations de bon voisinage, ou bien il peut très bien avoir lieu à intervalles isolés, sans provoquer l'attention du propriétaire. La prescription des servitudes arriverait donc très facilement, si elle n'était soumise à des conditions rigoureuses, à dépouiller le propriétaire par surprise et presque à son insu, sans qu'aucune négligence puisse lui être reprochée.

Ainsi donc, d'un côté le respect des droits d'autrui s'oppose à l'acquisition des servitudes par le *tempus*, de l'autre des raisons d'économie agricole réclament l'admission la plus large de l'usucapion de ces mêmes droits.

Comment résoudre ce conflit ?

Le droit français l'a résolu en exagérant, peut-être, le respect dû aux droits du propriétaire, il a voulu avant tout éviter que celui-ci ne pût être victime de sa tolérance et de sa bienveillance à l'égard de ses voisins. Aussi, le voyons-nous restreindre la prescription à la matière des servitudes continues et apparentes, et rejeter la prescription de dix ou vingt ans, comme nous aurons l'occasion de le démontrer dans notre thèse française. La prescription de trente ans est seule admise pour permettre au propriétaire de se mettre à l'abri de toute surprise et lui donner toute facilité pour empêcher les empiétements qui seraient tentés contre ses droits.

Cette prédominance accordée aux idées de justice et de

respect du droit de propriété se comprend aisément de nos jours, chez une nation dont la civilisation est assez avancée, mais elle se concevrait moins facilement chez un peuple au berceau. Aussi ne dut-elle pas avoir cours, à l'origine, en droit romain. Ce droit dut certainement se laisser dominer, au début, par des raisons d'utilité pratique. Le développement de l'agriculture, nous avons eu maintes fois l'occasion de le signaler, était l'objet de toute la sollicitude des Romains des premiers âges. La législation qui régissait de tels hommes devait donc tout naturellement se montrer favorable à l'acquisition des servitudes. Ce fut sans doute là l'état de choses antérieur à la loi *Scribonia*.

La loi des Douze Tables ne paraît avoir admis que l'usucapion des choses corporelles. L'usucapion des servitudes dut très probablement le jour non pas à un texte législatif spécial mais à la coutume (1), qui s'inspira pour la créer du respect instinctif qu'éprouve toute société primitive pour la possession durable. Ni le juste titre ni la bonne foi n'étaient nécessaires pour cette usucapion (2). Le

(1) On peut citer à l'appui de cette manière de voir, le passage suivant emprunté au § 26 du discours de Cicéron *Pro Cæcina* : « *Fundus a patre relinqui potest at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquæductus, haustus, iter, actus a patre ; sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.* » Cicéron dans ce fragment fait certainement remonter l'usucapion des servitudes au *jus civile*, c'est-à-dire à la doctrine et à l'interprétation des jurisconsultes, source de la coutume. (L. 1, § 5, Dig., *De origine juris*, 1. 2.) Et il est à remarquer qu'il cite spécialement comme pouvant s'acquérir par ce procédé les servitudes rurales, ce qui constitue une grave objection contre le système de M. Molitor, d'après lequel les servitudes urbaines seules auraient été susceptibles d'usucapion avant la loi *Scribonia*. Nous reviendrons du reste ultérieurement sur cette question.

(2) Une savante dissertation, insérée dans la *Nouvelle Revue historique du droit*, année 1885, p. 261 et suiv., a très bien mis ce point en lumière.

fait brutal de la possession prolongée pendant un ou deux ans, sans qu'aucune action eût été dirigée contre celui qui possédait une chose à titre de propriétaire, devait seul être pris en considération, et regardé comme suffisant pour constituer un droit en faveur de celui qui l'exerçait. Dans une société restreinte de petits propriétaires laborieux et vigilants, telle que la Rome antique, une présomption presque invincible devait en effet s'élever en faveur du possesseur, si ce laps de temps s'écoulait sans qu'il fût troublé dans sa jouissance.

Pendant cette première période, on n'avait tenu compte que de l'utilité pratique et de l'intérêt de l'agriculture, on ne s'était nullement préoccupé de la question de savoir, si les droits du propriétaire contre lequel s'opérait l'usucapion n'étaient pas parfois méconnus ; ce qui ne devait d'ailleurs arriver que bien rarement dans une petite cité dont tous les habitants se connaissaient et demeuraient sur les lieux ; mais lorsque les Romains commencèrent à se

M. Esmein, son auteur, émet pour la première fois, en France, cette idée déjà produite en Allemagne par MM. Stintzing, Pernice, Krüger et Voigt ; et en Angleterre par M. Summer-Maine, que l'usucapion de la propriété, à l'origine, n'exigeait ni juste titre ni bonne foi et s'accomplissait par la seule possession prolongée pendant un certain temps. Il fonde sa théorie sur les textes et les déductions logiques ; il l'appuie encore sur ce fait qu'il existe dans le droit classique diverses sortes d'usucapion où certainement ces deux conditions (de juste titre et de bonne foi) n'étaient pas exigées : ce sont l'*usucapio pro herede*, l'*usureceptio*, l'*usus* qui fait acquérir au mari la *manus* sur sa femme, l'*usucapio libertatis* dirigée contre les servitudes urbaines, enfin la *prescriptio longi temporis* appliquée aux servitudes par le préteur et sur laquelle nous aurons à fournir des développements assez étendus. Ces divers cas d'usucapion applicables à des situations dissemblables et fondés sur des motifs différents offrent tous ce trait commun qu'ils se passent de la *justa causa* et de la *bona fides*. Loin de voir là, comme la plupart des auteurs français, une dérogation aux règles de l'usucapion ordinaire, M. Esmein croit, au contraire, trouver dans cette particularité la reproduction d'une ancienne règle de l'usucapion primitive, qui se serait maintenue dans certaines applications spéciales après la disparition du vieux principe.

répandre dans toute l'Italie et bientôt après dans le monde entier, il leur fut plus difficile de surveiller eux-même leurs domaines ; afin d'empêcher les empiétements il devint nécessaire de protéger d'une manière plus efficace le droit de propriété.

Les dangers auxquels ce droit se trouvait exposé par l'admission trop facile de l'usucapion des servitudes, dont le délai était si bref, frappèrent de plus en plus les juriconsultes, à mesure que le droit devint une science soumise à des principes et à des déductions rationnels ; aussi se proposèrent-ils de réagir contre ces dangers et pour cela ils firent abolir l'usucapion des servitudes par la loi *Scribonia*. Ils s'étaient appuyés pour obtenir la suppression de cette usucapion, sur ce fait que la prescription ne doit s'appliquer qu'aux choses susceptibles de possession, aux *res corporales*, les servitudes étant des *res incorporales* ne devaient donc pas pouvoir s'acquérir par prescription. La prohibition de l'usucapion des servitudes, ainsi rattachée à un principe général, devint absolue. C'était tomber d'un excès dans l'autre et sacrifier l'agriculture.

Au préteur devait revenir l'honneur d'établir sur ce point une juste conciliation entre les deux idées qui avaient tour à tour inspiré d'une façon à peu près exclusive la législation antérieure à la loi *Scribonia* et les juriconsultes à l'instigation desquels l'usucapion des servitudes venait d'être abolie. C'est, en effet, l'introduction de la *præscriptio longi temporis* des servitudes, qui a permis de tenir compte dans une sage mesure tout à la fois des intérêts de l'agriculture et du respect dû au droit de propriété.

Lorsque nous étudierons cette institution, nous entrerons dans l'examen des deux autres phases par lesquelles

a dû passer la législation romaine à propos de la prescription des servitudes. Les développements qui s'y réfèrent trouvent tout naturellement leur place dans le chapitre consacré aux modes d'acquisition des servitudes du droit prétorien.

Dans les explications que nous venons de donner, jusqu'ici, nous avons cherché, en l'absence de textes, à nous inspirer des données historiques et rationnelles pour indiquer la marche suivie très probablement par les Romains pour arriver à l'établissement des servitudes par prescription. Nous avons dû nécessairement nous livrer, sur ce point, à un certain nombre de conjectures, mais nous avons, tout au moins, choisi celles qui présentent le plus de vraisemblance et qui concordent le mieux avec le petit nombre de faits connus qui peuvent servir de point de départ à notre raisonnement.

Il est à remarquer, en premier lieu, qu'il ne nous est pas parvenu un seul texte permettant de préciser exactement l'époque à laquelle a dû prendre naissance l'usucapion des servitudes; rien de surprenant à cela si, comme nous le croyons, ce mode d'établissement du droit civil dut son origine à la coutume plutôt qu'à une disposition expresse du législateur. Nous avons vu, d'autre part, que les Romains des premiers temps devaient voir d'un œil favorable l'usucapion des servitudes pour des raisons d'économie agricole; nos conjectures, sur ce point, se trouvent encore confirmées par ce fait, que l'usucapion des servitudes ou de quelques-unes d'entre elles fut certainement admise à un moment donné. Nous en trouvons la preuve dans la loi 4 § 29, au Dig., *De usurpa. et usuca.*, XLI, 3. Ce fragment du jurisconsulte Paul vient révéler l'existence d'une certaine loi Scribonia qui interdisait l'usuca-

pion comme mode de constitution des servitudes. Voici, en effet, comment il s'exprime : « *quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat.* » Si une loi vit le jour pour défendre l'usucapion des servitudes, c'est qu'évidemment elle était permise auparavant. Mais quelle est la date de cette loi Scribonia ? On ne saurait la fixer exactement, la loi 4 § 29, XLI, 3, étant le seul texte qui s'y réfère. On prétend, d'ordinaire, qu'elle se place à la fin de la République, entre 704 et 720. Des auteurs pensent que cette loi parut sous le triumvirat d'Antoine, Lépide et Octave, parce qu'à cette époque il y eut un consul du nom de Scribonius.

Quoi qu'il en soit, depuis cette loi Scribonia, l'acquisition des servitudes par usucapion fut impossible, mais il ne faut pas exagérer sa portée : elle ne se réfère qu'à l'usucapion distincte d'une servitude au profit d'un fonds, car, de tout temps, l'usucapion du fonds dominant, avant comme après la loi Scribonia, fit acquérir en même temps les servitudes actives dont il jouissait. « *Hoc jure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum ædificiis possint* (1), » nous dit Ulpien (2). Les mots *hoc jure utimur* sont la formule employée par les jurisconsultes pour exposer un point à l'abri de toute controverse. Toutefois, il faut remplacer dans le texte les mots *longo*

(1) L. 10 § 1, Dig., *De Usurpa. et Usucap.*, XLI, 3.

(2) Resterait à élucider une question subsidiaire dont l'examen ne rentre pas dans notre étude, et que pour cette cause nous nous contenterons de signaler en passant, sans la discuter : c'est celle de savoir si l'usucapion de la propriété faisait acquérir même les servitudes constituées au profit de l'ancien propriétaire au cours de l'usucapion. L'opinion générale admet la négative en se fondant sur la rétroactivité de l'usucapion, mais l'affirmative est soutenue par M. Accarias, qui, le premier parmi les romanistes, a combattu cette idée de la rétroactivité de l'usucapion. (Voy. Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 241, p. 575, note 1, 3^e édition.)

tempore capi par *usucapi*; car ils sont le résultat d'une interpolation évidente des compilateurs de Justinien; du temps d'Ulpien la *longi temporis præscriptio* des servitudes n'existait pas. La loi Scribonia laisse aussi intacte l'*usucapio libertatis* ou prescription libératoire par laquelle on recouvrait la pleine propriété d'un fonds grevé de servitude. Paul le dit formellement dans la suite du texte (loi 4 § 29, *De Usurp. et Usucap.*, XLI, 3). Cette prescription libératoire, nous le savons, ne se présentait qu'en matière de servitudes urbaines.

Le seul effet de la loi Scribonia était donc de bannir l'usucapion acquisitive des servitudes, sans qu'il y ait lieu de distinguer à cet égard entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines (1).

SECTION II.

Modes d'établissement du droit prétorien.

Les modes du droit civil, très logiques, très précis, très rigoureux, suffisaient à une société primitive, peu nombreuse, jalouse de son droit de cité et pleine de défiance à l'égard des étrangers, qu'elle confond tous sous le nom générique d'*hostes*. De là, les formes solennelles des modes que nous venons d'étudier, accessibles aux seuls citoyens romains et ne s'appliquant qu'aux fonds compris dans l'*ager romanus* ou dans les cités qui jouissaient des privi-

(1) Ce point a pourtant été contesté par M. Molitor. On trouvera l'exposé et la réfutation du système de cet auteur au commencement du paragraphe consacré à l'acquisition des servitudes par *longi temporis præscriptio*. (Chap. II Section 2, § 2, p. 112 et suiv.)

vilèges du *jus italicum*. Mais peu à peu le territoire de Rome s'étend démesurément par la conquête ; les relations avec les étrangers ou avec les nations conquises deviennent fréquentes ; des besoins inconnus jusqu'alors se font sentir ; une législation nouvelle s'impose. C'est au préteur que revint l'honneur de combler toutes les lacunes dues au caractère exclusif du *jus Quiritium*. Il donna satisfaction aux besoins nouveaux en introduisant un nouveau droit, *adjuvandi vel supplendi vel corrigendi juris civilis gratia, propter utilitatem publicam*.

La matière des servitudes est une de celles où les innovations du magistrat se firent sentir de la façon la plus heureuse. Nous avons déjà vu que c'est lui qui garantit au moyen d'actions utiles ou d'exceptions la servitude constituée par *adjudicatio* dans le *judicium imperio continens* : « *Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adjudicationes prætor tuetur, exceptiones aut actiones dando*(1). » La découverte des Fragments du Vatican, dont le § 47 nous révèle les différences entre le *judicium legitimum* et le *judicium imperio continens*, nous a permis de comprendre ce que c'était que ces exceptions dont parle le texte de Paul autrefois inintelligible. Le préteur, au moyen de ces actions ou d'interdits utiles, protégeait encore les droits que l'on avait pu constituer sur les fonds provinciaux, à l'aide des pactes et stipulations sur lesquels nous aurons longuement à nous étendre. Mais la grande réforme du préteur consista dans l'admission de la quasi-possession des servitudes. De cette idée de quasi-possession dérivèrent la quasi-tradition et la *præscriptio longi temporis*.

Pendant la période de transformation que nous allons

(1) Loi 44 § 1, Dig., *Finium regundo*., X, 2.

étudier avec les innovations prétoriennes, les anciens modes du droit civil n'en continuent pas moins à subsister; nous trouvons encore la mancipation et l'*in jure cessio*, qu'on emploie jusqu'à Justinien, bien que les procédés plus simples inventés pour les provinces éloignées aient une tendance de plus en plus marquée à les remplacer, même sur le territoire italique.

L'*adjudicatio* conserve ses anciens effets.

Le legs *per vindicationem* subsiste également, mais le prêteur protège par voie d'exception le *dies ad quem* et la condition *ad quam*, ainsi que nous aurons l'occasion de le signaler dans notre étude sur les modalités que peuvent comporter les servitudes.

A ces modes anciens viennent s'en ajouter trois nouveaux, la quasi-tradition, la *longi temporis possessio*, enfin les pactes et stipulations qui feront chacun l'objet d'un paragraphe distinct de nos explications. Nous indiquerons dans le paragraphe premier, en étudiant la quasi-tradition, ce qu'il fallait entendre par quasi-possession des servitudes.

§ 1.

DE LA QUASI-TRADITION ET DE LA QUASI-POSSESSION.

La tradition faite avec *justa causa*, avec volonté et capacité d'aliéner était, dans l'ancien droit civil, un mode d'acquérir du *jus gentium*. Elle ne pouvait transférer la propriété que pour les *res nec Mancipi*, à ce titre, elle était inapplicable à la constitution des servitudes rurales

rangées au nombre des *res Mancipi* ; mais un autre motif devait encore la faire repousser même pour les servitudes urbaines *res nec Mancipi*, c'est que toutes les servitudes sont des choses incorporelles, que tous les textes, au moins après la loi Scribonia, déclarent non susceptibles de possession. Or la tradition n'est que la remise volontaire de la possession « *Incorporales res traditionem non recipere manifestum est,* » nous dit Gaius dans son commentaire II, § 28. La même formule se trouve reproduite au Digeste : « *Nec possideri intelligitur jus incorporale* (1). »

Mais à côté de la prohibition de la possession des servitudes, on admettait sans hésiter la possession du droit de propriété, droit tout aussi incorporel que les servitudes, cela tenait à la confusion souvent signalée entre le droit qui porte sur une chose et la chose elle-même, objet du droit ; confusion qui entraîna les Romains à ranger le droit de propriété dans la catégorie des choses corporelles. Le droit de servitude ne différait de celui de propriété qu'en ce que son exercice était moins étendu, mais il se manifestait, comme le dit très bien M. Machelard (2), par des faits tombant directement sous les sens, et dont la preuve ne présentait pas plus de difficulté que celle de l'exercice de la propriété, c'est-à-dire de la possession proprement dite.

Pourquoi soumettre à des règles opposées deux droits de même nature ? Le prêteur fut frappé de cette anomalie ; aussi prit-il en considération les actes de jouissance pratiqués à titre de servitude. Il vit dans ces actes une

(1) L. 4 § 27, Dig., *De Usurp. et Usucap.*, XLI, 3.

(2) Machelard, *Distinctions admises en ce qui concerne les servitudes prédiales*..., n° 50, p. 40.

sorte de possession de ce droit; mais par un scrupule de langage, pour ne pas entrer en lutte ouverte avec le droit civil, il l'appela quasi-possession. La date approximative de cette innovation nous est fournie par la loi 20 au Dig., de Servi., VIII, 1: « *Quotiens via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri quo minus eo jure uti possit : quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset.* » Labéon, esprit novateur et contemporain d'Auguste, nous dit nettement que de son temps la tradition ne pouvait servir à donner effet à une vente de servitude. C'est que la quasi-possession n'était pas encore admise. Mais Javolénus, auteur du texte précité, ajoute : « *Ego puto, usum ejus juris pro traditione accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.* » A l'époque de Javolénus, c'est-à-dire au premier siècle, sous le règne de Trajan, la réforme était accomplie, puisque ce jurisconsulte nous déclare que déjà les interdits quasi-possessoires protégeaient la quasi-possession des servitudes. Enfin, du temps d'Ulpien, la doctrine nouvelle ne faisait plus de doute, puisqu'il nous dit : « *Traditio plane et patientia servitutum inducet officium prætoris* (1). » Avant que ce système ne fût reçu, on stipulait une clause pénale dans l'acte constitutif de la servitude, si on ne voulait pas ou si on ne pouvait pas recourir pour l'établir à un des modes d'acquérir du droit civil.

La quasi-possession admise par le préteur existe comme toute possession par la réunion du *corpus*, c'est-à-dire de l'exercice des pouvoirs que comporte la servitude et de l'*animus domini*, c'est-à-dire de l'intention de les exercer comme nous appartenant « *Servitute usus non videtur,*

(1) L. 1 § 2, Dig., De servi., præd., rusti., VIII, 3.

nisi is, qui suo jure uti se credidit (1). » Mais en quoi consistera cette quasi-possession? Pour mieux répondre à cette question, il faut distinguer entre les servitudes positives consistant *in habendo et in faciendo* et les servitudes négatives consistant *in prohibendo*.

Pour les servitudes positives, pas de difficulté, la quasi-possession résulte des actes que je fais sur le fonds servant, exemple : le fait de passer sur ce fonds me prétendant à tort ou à raison titulaire de ce droit, encore que j'aurais agi avec violence. La tolérance ou l'assentiment du propriétaire n'est nullement requise. La quasi-possession peut résulter aussi des travaux que j'exécute sur ce fonds, exemple : dans le *jus tigni immittendi*, travaux dont l'existence constitue précisément l'exercice de la servitude.

Mais la question est plus délicate quand il s'agit des servitudes négatives. Elles confèrent au propriétaire du fonds dominant le droit d'empêcher le propriétaire du fonds servant de faire sur ce fonds tout ce que comporte son droit de propriété. Il lui défend, par exemple, d'élever sa maison, servitude *altius non tollendi*. Quels seront les actes constitutifs de la possession? Un premier cas certain est prévu à la loi 15 au Dig., *De ope. nov. nuntia.*, XXXIX, 1. Un propriétaire dont le fonds est grevé de la servitude *non altius tollendi* a voulu bâtir et il en a été empêché par l'opposition du voisin ou par la défense du juge ; le voisin a certainement la quasi-possession de la servitude *non altius tollendi*. Quelques auteurs, généralisant cette espèce, veulent constituer symboliquement la quasi-possession, ils exigent, pour qu'elle existe, une tentative d'acte

(1) L. 25, Dig., *Quemad. servit. amit.*, VIII, 6.

contraire à la servitude aussitôt réprimée par une opposition également feinte. Nulle trace au Digeste de ce procédé original, qui s'accorde mal avec la nature de la possession.

D'autres auteurs pensent que la simple inaction du propriétaire qui ne bâtit pas constitue ses voisins possesseurs de la servitude négative. Mais il ne nous semble pas admissible qu'un propriétaire puisse, par le seul fait de l'état des lieux, posséder d'innombrables servitudes sur les fonds voisins. On invoque, pourtant, la loi 6 § 1, au Dig., *Si servi. vindi.*, VIII, 5 : « *Sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum juris, et petilorem et si forte non habeam ædificatum altius in meo, adversarius meus possessor est : nam, cum nihil sit innovatum, ille possidet et ædificantem me prohibere potest et civili actione, et interdicto quod vi aut clam. Idem et si lapilli jactu impediërit. Sed et si, patiente eo, ædificavero, ego possessor ero effectus.* » Ce texte ne s'applique pas, car il se place dans l'hypothèse d'une servitude déjà constituée.

Il est question ici des servitudes négatives, cela est indiscutable, car dans le *principium* de cette loi, Ulpien parle de la servitude *non altius tollendi*. On argumente de ces mots : « *Et si forte non habeam ædificatum altius in meo, adversarius meus possessor est.* » Si je n'exhausse pas mon bâtiment, mon adversaire est alors en possession. En possession de quoi ? De la servitude *non altius tollendi*. Comment cela ? Par simple inaction.

Il est facile de réfuter un pareil système ; pour bien comprendre le texte qu'on nous oppose, il faut se reporter à l'hypothèse prévue dans le *principium*. Or, dans ce *principium* de la loi 6, il est question d'une servitude *non altius tollendi* déjà constituée, et Ulpien nous fait remar-

quer dans le § 1, que dans le cas de l'action confessoire, la même personne peut être à la fois *possessor juris* et demandeur (1). Si le maître du fonds servant commence l'exhaussement, le propriétaire du fonds dominant peut s'opposer à ses innovations, en intentant l'action confessoire, action civile, tout en restant possesseur de son droit, ou en recourant à l'interdit *quod vi aut clam* ou à la *novi operis nuntiatio*. C'est là tout ce qu'a voulu dire le jurisconsulte. Mais si l'exhaussement est achevé, sans que le propriétaire du fonds dominant s'y soit opposé, les rôles sont changés, une possession nouvelle commence, possession de l'état contraire à la servitude. Alors, si le propriétaire du fonds dominant intente l'action confessoire, il sera demandeur sans être possesseur, à la différence de ce qui se passait dans le premier cas. L'action donnée au maître du fonds à qui la servitude est due, est une action civile, ce qui suppose bien qu'on est en présence d'une servitude établie par le droit civil.

Pour nous, nous pensons avec M. Accarias, que la quasi-possession des servitudes négatives « se caractérise par l'abstention même du propriétaire ou du possesseur du fonds asservi, cela pourvu que cette abstention, au lieu d'être le résultat spontané et libre de sa volonté, puise sa raison d'être dans une convention ou dans un testament (2). »

(1) C'est là une règle spéciale à l'action confessoire, qu'il était important de signaler ; cette action est donnée à celui qui a le droit de servitude, sans distinguer s'il est ou non *possessor juris*. (L. 6 § 1, l. 8 § 3, Dig., *Si servi. vindi.*, VIII, 5.) Dans la *rei vindicatio*, au contraire, la qualité de possesseur ne peut appartenir qu'au défendeur. Il existerait, cependant, au dire de Justinien (Inst., liv. IV, tit. vi § 2, *in fine*) une hypothèse unique dans laquelle le demandeur à l'action *in rem* pourrait en même temps être possesseur ; mais jusqu'à présent les auteurs n'ont pu s'entendre pour indiquer cette hypothèse. (Voyez Accarias, *Précis de droit romain*, t. II, n° 810, p. 990, 3^e édition et les notes 3 et 4).

(2) Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n° 271, p. 648, 3^e édition.

Il faut que la quasi-possession de la servitude résulte d'un exercice à titre de droit ; l'*animus possidendi*, c'est-à-dire l'intention d'user de la servitude comme d'un droit, est exigée pour qu'il y ait quasi-possession. Il est bien certain que si mon voisin n'élève pas sa maison, je n'exerce pas, par cela seul, une servitude *non altius tollendi* sur son fonds ; il n'existe pas d'*animus* qui soutienne ma possession ; cet *animus* la fait naître, au contraire, au cas où je me suis opposé à l'exercice par le propriétaire d'un fait contraire à la servitude. Si cette abstention du propriétaire résulte d'une convention intervenue entre lui et celui qui veut acquérir la quasi-possession, ou d'un testament par lequel le propriétaire oblige son héritier à s'abstenir d'exhausser une maison de la succession en faveur d'un fonds voisin, l'*animus possidendi* se rencontre aussi d'une façon suffisante pour fonder la quasi-possession. Les servitudes une fois reconnues susceptibles de quasi-possession, le prêteur ne recula pas devant l'idée de faire de la quasi-tradition un mode de constitution de ces droits réels. Cette quasi-tradition est réputée faite aussitôt que le propriétaire du fonds dominant commence à exercer la servitude par la volonté du propriétaire du fonds servant (1).

La quasi-tradition était donc un mode d'acquérir la servitude réelle *jure prætorio*, quand elle provenait du véritable propriétaire, comme la tradition pour les choses corporelles. Primitivement, elle fut le mode d'établissement des servitudes le plus ordinaire sur les fonds provinciaux, qui n'admettaient ni la mancipation ni l'*in jure cessio*. Mais il est probable que ce mode du droit prétorien fut

(1) L. 1 § 2, Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3.

appliqué, par la suite, aux fonds italiques à cause de sa commodité. C'est ce que semble indiquer le § 61 des *Fragments du Vatican*, relatif à l'usufruit : « *Amitti autem usumfructum capitis minutione constat.... Et parvi refert utrum jure sit constitutus an vero tutione prætoris.* » La loi 1 *prin*, au Dig., *Quibus modis ususfructus amittitur*, VII, 4, reproduit ce texte presque mot pour mot. Mais bien entendu les servitudes ainsi constituées sur les fonds italiques n'étaient protégées que par le droit prétorien. Le préteur en effet devait protéger les servitudes qu'il permettait de constituer *quasi-traditione*, il accordait à cet effet les interdicts quasi-possessoire et l'action publicienne. Cette dernière action, donnée de droit commun à celui qui avait perdu la possession d'une chose qu'il usucapait, l'était également en cas de servitude constituée *per traditionem* ou *per patientiam* (1). Pour que la Publicienne pût garantir cette quasi-tradition, il fallait qu'elle eût été faite de bonne foi, c'est-à-dire par un *tradens* qui était propriétaire ou que l'*accipiens* croyait tel.

Dans l'exemple donné par Ulpien, à la loi 11 § 1, *De Publiciana in rem actione*, VI, 2, on suppose que la tradition a été faite par le *verus dominus*. Mais on peut se demander si la Publicienne était également accordée au propriétaire du fonds dominant qui avait acquis la servitude réelle *a non domino*, c'est-à-dire d'une personne autre que le propriétaire du fonds servant. La solution affirmative est généralement admise par les auteurs (2). Il existe cependant sur ce point une difficulté signalée par M. Ap-

(1) Loi 11 § 1, Dig., *De Publi. in rem actione*, VI, 2.

(2) Accarias, *Précis*, t. II, § 812, n° 3, p. 1013, 3^e édition.

pleton (1) dans un récent travail sur la Publicienne. Supposons que le propriétaire du fonds dominant ait acquis une servitude réelle d'une personne n'ayant pas la qualité de propriétaire du fonds servant, il n'aura pour se faire maintenir en possession qu'à prouver son juste titre et la possession relativement à la servitude ; et en ce qui concerne le fonds dominant, il lui suffira de démontrer qu'il l'a acquis de manière à le réclamer par la Publicienne. Comment le propriétaire du fonds servant pourra-t-il écarter sa prétention ? Sera-t-il tenu d'établir que le demandeur a acquis la servitude *a non domino*, en prouvant qu'au moment où la concession lui a été faite, le prétendu fonds ne pouvait appartenir au concédant, puisqu'à cette époque c'était lui-même ou un de ses auteurs qui était investi du droit de propriété sur ce fonds ? Mais c'est là faire une situation intolérable au propriétaire du fonds servant, ne tenir aucun compte de sa qualité de défendeur et de propriétaire, qui l'autorise à jouir de la plénitude de son droit de propriété, jusqu'à ce qu'on ait prouvé l'existence d'une restriction à ce droit.

La difficulté disparaît, si l'on admet que la Publicienne confessoire sera repoussée comme la Publicienne ordinaire par l'exception *justi domini*. Bien plus, nous dit M. Appleton (2), auquel nous empruntons la pensée et les termes de tout ce paragraphe, l'analogie mène à décider que si le défendeur prouve seulement qu'il a acquis le fonds servant de bonne foi et en vertu d'un juste titre, où il n'est pas question de la servitude prétendue, il obligera

(1) Appleton, Etude sur la Publicienne, *Nouvelle revue historique*, année 1885, p. 512, et suiv.

(2) Appleton, *op. cit.*, p. 513.

le demandeur à établir qu'il tient la servitude *a vero domino*, ou tout au moins du défendeur lui-même ou de ses auteurs.

La Publicienne était utile, même au cas où la servitude avait été valablement constituée, car elle dispensait celui qui l'obtenait de prouver la propriété de son auteur.

A l'aide de la quasi-tradition, on put constituer une servitude soit directement *per translationem* soit *per deductionem*. En résumé, la quasi-possession fut au droit de servitude ce que la possession était au droit de propriété; elle produisit les mêmes effets, et fut protégée par des moyens analogues à ceux qui sauvegardaient la possession civile.

§ 2.

DE LA LONGI TEMPORIS POSSESSIO.

De l'admission de la quasi-possession en matière de servitudes, il n'y avait qu'un pas à l'admission du long usage pour constituer des droits de ce genre. Aussi voyons-nous bientôt le prêteur ranger parmi les modes d'établissement des servitudes, la quasi-usucapion ou la *longi temporis possessio* ou *præscriptio*.

Il est difficile de préciser exactement le temps où cette prescription fut établie. M. Molitor pense qu'elle existait déjà avant l'apparition de la loi Scribonia. Avant cette loi, d'après le savant auteur, l'usucapion n'aurait été possible que pour les servitudes urbaines, seules susceptibles d'une possession continue, on pouvait les prescrire par deux ans en Italie. Pour les servitudes rurales, dont la possession ne pouvait jamais être continue et pour les servitudes

urbaines dans les provinces, soumises au régime de la *longi temporis præscriptio*, elles n'auraient été prescriptibles que par dix ou vingt ans. La loi Scribonia aurait eu précisément pour but de faire cesser cette inégalité choquante, tout en laissant subsister la *præscriptio longi temporis* qui, désormais, dut s'appliquer dans les mêmes conditions aux servitudes urbaines et rurales en Italie ou dans les provinces. M. Molitor fonde principalement sa théorie sur un fragment emprunté à la loi 14 *pr.*, au Dig., *De Servi.*, VIII, 1, ainsi conçu : « *Servitutes prædiorum rusticorum usu non capiuntur, quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem.* » Le jurisconsulte Paul ne semble-t-il pas dire de la façon la plus formelle que l'usucapion était absolument étrangère à l'acquisition des servitudes rurales ? Ce fragment est loin pourtant d'avoir la portée qu'on cherche à lui attribuer. La loi 14 dont il fait partie porte en elle sa réfutation ; Paul, après avoir écrit le passage ci-dessus, ajoute : « *Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observantur,* » c'est-à-dire que les servitudes urbaines pas plus que les servitudes rurales ne peuvent faire l'objet de l'usucapion. La distinction que M. Molitor a cherché à établir entre ces deux catégories de servitudes s'évanouit donc. Puis elle est dénuée de toute vraisemblance, si l'usucapion du droit civil, plus facile à obtenir et plus prompte, eût été réservée à une seule classe de servitudes, c'est sans contredit en faveur des servitudes rurales qu'elle aurait dû s'appliquer, les raisons d'économie agricole prédominant lors de l'admission première de la prescription en matière de servitudes. Cicéron d'ailleurs, dans un passage déjà cité, déclare péremptoirement que de son temps, c'est-à-dire quelques années avant la loi Scribonia, les servitudes

rurales étaient susceptibles d'usucapion, « *Aquæductus, haustus, iter, actus a patre; sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur* (1). » D'autre part, dans le système de M. Molitor la *præscriptio longi temporis*, mode d'établissement des servitudes du droit prétorien, aurait coexisté avec l'usucapion du droit civil supprimée par la loi Scribonia, ce qui n'est guère admissible non plus. Cette *præscriptio longi temporis*, comme nous allons le démontrer dans un instant, avait spécialement pour but de remplacer l'usucapion dans les cas où celle-ci n'était pas reçue; elle n'a donc pu prendre naissance qu'après la loi Scribonia. Avant cette loi, elle n'avait aucune raison d'être, l'usucapion était alors possible pour toute espèce de servitudes. La loi Scribonia date des années 704 à 720 de la fondation de Rome; la *præscriptio longi temporis* n'apparaît au contraire qu'au premier siècle de notre ère, puisqu'elle dérive de la quasi-possession des servitudes, et celle-ci n'est regardée comme bien établie que sous le règne de Trajan.

Mais si nous écartons cette opinion de M. Molitor sur la date de l'admission de la *præscriptio longi temporis* en matière de servitudes et sur son utilité, comment arrivons-nous à justifier son introduction dans le droit prétorien? Nous espérons pouvoir y parvenir en reprenant, au point où nous l'avons laissée, l'histoire des vicissitudes par lesquelles a dû passer, en droit romain, la prescription des servitudes avant d'arriver à son complet développement.

Nous avons divisé cette histoire en trois périodes

(1) Cicéron, *Pro Cæcinâ*, § 26.

distinctes. La première a fait l'objet de notre étude dans le paragraphe relatif à l'usucapion considérée comme mode d'établissement des servitudes dans l'ancien droit civil. A cette époque l'usucapion des servitudes était admise de la façon la plus large, car les Romains avaient, tout d'abord, été inspirés par des idées d'utilité pratique, mais vers l'an 720, une loi Scribonia, qui sert de point de départ à notre deuxième période, vint supprimer complètement cette usucapion. Elle avait été rendue à l'instigation des jurisconsultes effrayés des dangers que l'admission trop facile de la prescription pouvait présenter pour les droits des propriétaires. Les intérêts de l'agriculture se trouvaient sacrifiés, après avoir été seuls pris en considération pendant de longues années où l'on n'avait tenu aucun compte du respect dû aux droits d'autrui. L'innovation, bien qu'inspirée par un bon motif, n'était pas heureuse, puisqu'on tombait d'un excès dans l'autre.

Il appartenait au préteur de trouver, sur ce point comme sur tant d'autres, une solution de nature à satisfaire des intérêts opposés. Mais le préteur, nous le savons, ne faisait pas brusquement ses réformes, il n'entrait pas en lutte ouverte avec le droit civil qu'il se proposait de corriger ou de compléter. Il ne l'améliorait qu'insensiblement. Après l'abolition de l'usucapion par la loi Scribonia, il ne pouvait immédiatement créer une institution destinée à laisser à l'état de lettre morte la disposition contenue dans ce texte législatif, il ne pouvait rétablir, aux yeux de tous, la prescription en matière de servitudes qu'après une période assez longue. Mais il ne laissa pas, pour cela, sans défense l'individu qui avait joui pendant un temps suffisamment prolongé et sans obstacle d'un droit de passage ou de puisage en faveur d'un fonds. Les personnes qui avaient

exercé un semblable droit, lorsqu'elles se voyaient troublées dans leur jouissance prolongée, s'adressaient au prêteur pour obtenir un interdit. Et le prêteur ne devait pas leur refuser son concours, lui qui était toujours prêt à mettre la procédure au service des besoins et des réformes réclamées par la pratique. Il dut commencer par accorder une *præscriptio*, une exception destinée à faire maintenir le défendeur en possession tant que cette possession ne lui avait pas été enlevée. Pour cela, lorsque le propriétaire intentait l'action négatoire contre le possesseur de la servitude, le prêteur devait insérer en tête de la formule adressée par lui au juge une restriction dans laquelle il lui prescrivait de ne pas condamner le défendeur s'il justifiait d'une possession exempte de vices pendant un temps donné. Ce correctif était inséré, disons-nous, en tête de la formule, de là son nom de prescription de (*præ scribere*), nom qui lui fut conservé par la suite. Plus tard, ces prescriptions, que l'intérêt du défendeur avait fait introduire dans la formule, furent converties en exceptions et proposées dans le corps même de cette formule. Cette transformation nous est révélée par Gaius (*Com.* IV, § 132 et 133), elle dut se produire dans la période qui suivit immédiatement l'avènement de la loi Scribonia. Le prêteur jusque là s'était contenté d'accorder un moyen de défense au possesseur de la servitude. Mais ce procédé, pleinement efficace tant que le possesseur était investi du droit dont il voulait obtenir le maintien, était insuffisant s'il venait à perdre la possession. Aussi après un certain nombre d'années, lorsque le prêteur se sentit assez fort, il accorda, au lieu de ce simple moyen de défense, une véritable action utile, et dès ce jour on peut dire que la *longi temporis præscriptio* devint un mode d'acquisition des servitudes

jure pretorio. C'est là la troisième phase que nous avons annoncée.

Au cours de la période précédente, le préteur s'était borné à réglementer dans un intérêt tout de pratique l'ancien usage antérieur à la loi Scribonia, qui tendait à se perpétuer. Aussi, lorsqu'il fit de la *longi temporis præscriptio* des servitudes un mode d'acquérir du droit prétorien, il dut s'inspirer, dans sa création, de l'usucapion ancienne des servitudes non encore oubliée et plus conforme aux besoins de la pratique que l'usucapion ordinaire arrivée à tous ses perfectionnements.

Cette usucapion primitive, nous avons déjà eu l'occasion de le signaler, s'opérait sans juste titre et sans bonne foi; nous ne devons pas nous étonner de retrouver ces caractères dans la nouvelle institution prétorienne.

Ce qui préoccupe avant tout le préteur dans sa réforme, c'est de rejeter la possession violente, précaire et clandestine (1), car il veut éviter de protéger un usurpateur, mais c'est là tout; dès qu'il est assuré, grâce à l'absence de ces vices, de ne porter aucune atteinte aux droits du propriétaire, il se montre aussi large que possible pour l'acquisition des servitudes par le *tempus*.

La première utilité de la prescription prétorienne, lors qu'elle fut admise, fut de permettre de grever les fonds provinciaux de droits analogues aux servitudes; plus tard elle s'étendit également aux fonds italiques.

Lorsque la servitude avait été constituée *a non domino* et lorsque le possesseur l'avait exercée pendant un temps assez long, le préteur voyait dans cet exercice prolongé de la servitude une véritable constitution civile et lui accor-

(1) L. 1 § 23, Dig., *De aqua et aquæ pluvix arcendæ*, XXXIX, 3.

dait une action confessoire utile pour le mettre à l'abri des réclamations du *verus dominus*. Bien que l'action dérivant de ce mode d'établissement fût seulement prétorienne, le droit qui en dérivait était aussi valable que si on eût employé l'un des modes du droit civil pur. C'est ce qui ressort très nettement de la loi 10 *prin.* au Dig., *Si servi. vindi.*, VIII, 5, texte fondamental de la matière que nous aurons souvent à citer : « *Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo : sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum, se non vi, non clam, non precario possedisse.* » Cette action utile, dont parle le texte, était une véritable action confessoire utile, qui protégeait la servitude acquise par *præscriptio longi temporis* comme la revendication protégeait la propriété acquise par usucapion.

Les textes de l'époque classique mentionnent fréquemment, à propos des servitudes, le *diuturnus usus*, la *longa quasi-possessio*, la *longa consuetudo*, la *longi temporis consuetudo* ; ces expressions nous indiquent que nous ne sommes pas en présence de la *longi temporis præscriptio* proprement dite, dont les règles ne sont pas toujours scrupuleusement suivies en notre matière. Ce sont ces dérogations à la *longi temporis præscriptio* ordinaire que nous allons examiner maintenant. Les textes sont obscurs, aussi ont-ils donné naissance à de sérieuses controverses.

Et d'abord, quel fut le laps de temps requis à l'origine pour acquérir les servitudes par le long usage ? Dans un premier système, on a soutenu qu'il n'y avait aucune détermination légale d'un laps de temps précis et que la durée de la possession devait être laissée à l'appréciation

des juges. M. Accarias (1), qui se rallie, sans hésiter, à cette doctrine, dit que c'est justement pour cela qu'on évite, quand il est question de servitudes, les expressions techniques *longi temporis possessio* ou *præscriptio*. Les auteurs partisans de son opinion font remarquer que la loi 10 *prin.*, au Dig., VIII, 5, dans le passage cité ci-dessus, se sert d'expressions tout à fait indéterminées : *Per annos forte tot*, preuve évidente que le délai ordinaire de dix ou vingt ans est laissé de côté.

Nous ne croyons pas devoir, quant à nous, nous ranger à ce système ; laisser une telle latitude au juge, qui, ne l'oublions pas, est à Rome un simple particulier, nous semble bien extraordinaire ; abandonner à l'arbitraire le soin de fixer la durée de la prescription serait manquer le but que cette institution se propose, ébranler les droits qu'elle a mission de consolider, et ouvrir la porte aux procès dont elle a pour objet de tarir la source. Nous ne saurions admettre une semblable théorie qu'en vertu d'un texte explicite qui fait totalement défaut. Nous pensons, pour notre part, que le délai de la *longi temporis præscriptio* a dû être fixé par le préteur à dix ou vingt ans pour les servitudes comme pour la propriété. Le magistrat dans ses réformes s'inspirait de vues d'ensemble ; et puisqu'il a admis pour la *longi temporis præscriptio* des fonds provinciaux le délai de dix ou vingt ans, nous ne voyons pas quelle raison aurait pu le pousser à édicter une règle différente pour le long usage des servitudes. Ces deux institutions avaient un but analogue, elles devaient donc être soumises à une réglementation uniforme. Du reste, les

(1) Accarias, *Précis de dr. romain*, t. 1^{er}, n° 271-3°, p. 649, 3^e édition.

auteurs (1) s'accordent pour la plupart à fixer ce délai de la prescription des servitudes à dix ou vingt ans. Cette assimilation que nous signalons entre la prescription des servitudes et celle de la propriété se trouve constatée par les textes. On a coutume de citer à ce sujet comme complément péremptoire la loi 2 au Code, *De servi. et aqua*, III, 34, où l'empereur Antonin Caracalla déclare que les servitudes s'acquièrent *exemplo rerum immobilium tempore*. Mais en présence de ce fragment deux interprétations sont possibles : la première tient que le rescrit entend appliquer aux servitudes le délai de la prescription admis en matière immobilière ; elle s'appuie sur les mots *id spatium* qui figurent dans la suite du texte et qui désignent évidemment, dit-on, le laps de temps requis pour les choses corporelles, dix ou vingt ans. Tel est le sens généralement attribué à la loi 2, au Code, III, 34. Mais il est une autre façon de traduire qui enlève à l'argument toute sa force. On peut dire que cette constitution de Caracalla se borne à reconnaître que les servitudes étaient susceptibles de s'acquérir *tempore* comme les choses immobilières et qu'elle n'a nullement eu en vue de préciser le délai de la prescription en matière de servitudes. Si elle se fût proposé ce but, elle n'aurait pas manqué d'indiquer quelle était celle des deux prescriptions, alors en vigueur en matière immobilière, dont on devrait suivre les règles ; c'est qu'en effet, à l'époque du rescrit, il y avait deux modes d'acquisition *tempore* pour les immeubles : l'ancienne usucapion et la

(1) De Savigny, *Traité de droit romain* (Traduction Guenoux), t. IV, § 197-VI, note d, p. 505 ; *Edit.* Paris 1845. Lyon Caen sur Accarias, *Revue crit. de législa.*, années 1873-1874, t. III, p. 394 et suiv. — M. Accarias lui-même admettait cette doctrine dans la 1^{re} édition de son *Précis de droit romain*, p. 595.

prescription prétorienne dont les délais étaient fort différents.

Cette dernière traduction semble plus conforme au texte, mais elle ne rend pas non plus parfaitement compte de l'expression *id spatium* ; ces mots paraissent bien faire allusion à une durée connue, s'ils se réfèrent au délai requis pour les immeubles, ils ne peuvent guère viser que le délai de la *longi temporis præscriptio*, car dans la loi 1, au même titre, due également à Antonin Caracalla, cet empereur prescrit au juge de tenir compte en matière de servitudes de la *longi temporis consuetudo*, et si la possession ne devait durer que deux ans, comme pour l'ancienne usucapion, il n'y aurait pas *diuturnus usus*, *longa consuetudo*. Enfin, renvoyer au délai de deux ans usité pour l'usucapion des choses immobilières, c'eût été rétablir l'usucapion des servitudes formellement prohibée par la loi Scribonia. Une innovation de cette importance aurait été consacrée par une constitution spéciale et non pas sous forme incidente dans un rescrit. Nous en concluons donc que le délai visé par la loi 2, au Co., III, 34, ne peut être que celui de la *præscriptio longi temporis* des immeubles, c'est-à-dire dix ou vingt ans.

Quoi qu'il en soit, ce fragment, à raison des difficultés d'interprétation qu'il soulève, ne suffirait pas à lui seul à déterminer d'une façon certaine le laps de temps requis pour l'acquisition des servitudes par prescription ; nous n'avons cru devoir le mentionner que parce qu'il sert de principal appui à la théorie dominante, et nous tenions à signaler le point faible de l'argument qu'on peut en tirer, car la plupart des auteurs le présentent à tort comme levant tous les doutes.

Mais ce texte mis de côté, la solution qui fixe à dix ans

entre présents et vingt ans entre absents la durée du long usage en matière de servitudes nous semble encore devoir être admise. Les mots *per annos forte tot* n'ont pas le sens qu'on leur donne, il est facile d'en rendre compte par ce fait que la durée de la prescription varie suivant la proportion des années de présence et d'absence dont elle peut se composer. On peut d'ailleurs les isoler du texte auquel ils sont empruntés ; si on lit en entier le *prin.* de la loi 10, XIII, 5, on trouve ces mots *diuturno usu et longa quasi-possessione* ; or le *diuturnus usus* à Rome est un délai bien connu de dix ans entre présents et de vingt ans entre absents, ainsi que nous le dit le jurisconsulte Paul dans ses *Sentences* : « *Longum autem tempus exemplo longæ præscriptionis, decenniî inter præsentis et inter absentes vicenniî computatur* (1). » La question, d'autre part, est formellement tranchée, en ce sens par Justinien dans sa loi 12 au Code *De præscr. long. tempo.*, VII, 33, où il indique la manière dont devront être comptées les années d'absence et de présence. La fin du texte porte en effet « *eodem observando et si res sint quæ in jure consistunt, veluti ususfructus et ceteræ servitutes.* » Rien dans les termes de cette constitution ne fait présumer que son auteur ait entendu innover en quoi que ce soit, en déclarant la prescription de dix ou vingt ans applicable d'une manière générale à toute espèce de servitudes. Justinien suppose bien, au contraire, qu'elle existait avant lui, mais il la soumet aux règles nouvelles sur le calcul des années de présence ou d'absence. S'il eût, en même temps, modifié le délai antérieurement admis pour le long usage, il n'eût pas manqué de signaler avec l'emphase qui

(1) Paul, *Sentences*, liv. V, tit. v, A, n° 8.

lui est habituelle une innovation aussi considérable. Son silence prouve que la durée de dix ou vingt ans attribuée au *diuturnus usus* était depuis longtemps certaine. Cela étant, il est probable qu'elle remontait à une époque fort ancienne et qu'elle avait été fixée par le prêteur lui-même, cette période de dix ou vingt ans lui étant familière, puisque nous le voyons l'appliquer à la *longi temporis præscriptio* des fonds provinciaux.

Il faut, toutefois, se garder d'exagérer la corrélation que nous signalons entre cette institution et l'acquisition des servitudes par long usage. L'assimilation entre ces deux créations du droit prétorien ne va pas au delà de l'identité du délai requis pour prescrire. Les autres conditions de la possession sur laquelle elles se fondent l'une et l'autre sont loin d'être les mêmes. Pour la *præscriptio longi temporis* des fonds provinciaux comme pour l'usucapion ordinaire, on exige que la possession repose sur une *iusta causa* et qu'elle ait commencé au moins dans la plupart des cas de bonne foi. La quasi-possession qui conduit à l'acquisition des servitudes par prescription doit uniquement être exempte de violence, de précarité et de clandestinité. Enfin, le quasi-posseur doit avoir l'intention de l'exercer comme un droit. Tels sont les seuls caractères imposés par les textes à cette quasi-possession.

Celui qui prétend user de la *præscriptio longi temporis* doit avoir exercé la servitude *cum animo domini* ; s'il s'était contenté de passer sur le fonds de son voisin, croyant que c'était par simple tolérance de la part de ce dernier, il n'aurait pas eu la quasi-possession nécessaire. La loi 7, au Dig., *De itinere actusque privato*, XLIII, 19, le dit formellement : « *Non tamen tanquam id suo jure faceret ; sed si prohiberetur, non facturus.* » Si le voisin s'opposait au

passage, la possession serait entachée de précarité et la loi 10 s'explique sur ce vice de la façon la plus explicite.

C'est encore à cette existence indispensable de l'*animus possidendi*, chez le possesseur de la servitude, que se réfèrent un certain nombre de textes invoqués à tort pour soutenir que la bonne foi est nécessaire en notre matière. On a cité en premier lieu la loi 25, au Dig., *Quemad. servit. amit.* VIII, 6 : « *Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit : ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum nec actio utiliter competit.* » Par les mots *suo jure uti se credidit*, le texte n'a nullement entendu indiquer une condition exigée pour la prescription mais une des conditions nécessaires pour la quasi-possession. Il n'a pas voulu faire allusion à la bonne foi, il a seulement eu en vue l'*animus possidendi* comme le fait très judicieusement remarquer Puchta (1). On peut faire la même réponse aux arguments que l'on chercherait à tirer des mots « *si jure se ducere putavit* » et « *qui se putat suo jure uti* » empruntés aux § 10 et 19 de la loi 1 au Dig., *De aqua quoti. et æstiva*, XLIII, 20.

Si d'assez nombreux auteurs ont voulu faire de la bonne foi une condition *sine qua non* de la *præscriptio longi temporis* des servitudes, il s'en est rencontré beaucoup moins pour étendre à notre matière la nécessité de la *justa causa*. C'est qu'on avait cru trouver dans les textes que nous venons d'expliquer des traces de la bonne foi, tandis qu'ils ne disent jamais un mot du *justus titulus*. Quand il s'agit de servitudes, il suffit, nous dit Ulpien, que la quasi-possession ne soit pas entachée des vices de précarité, de clandestinité ou de violence. (Loi 10, *prin.*,

(1) Puchta, *Institu.*, § 256, note f. f., t. II, p. 294, 9^e édition.

Dig., *Si servi. vindi.*, VIII, 5.) Le jurisconsulte y déclare formellement que si, par un long usage, on s'est acquis le droit de conduire de l'eau du fonds d'autrui dans le sien, on n'a pas besoin de montrer le titre d'établissement de la servitude ni d'indiquer si on l'a acquise par legs ou autrement. N'est-ce pas dire clairement que le juste titre n'est nullement requis pour la prescription des servitudes?

Beaucoup d'autres fragments (1) viennent encore exclure formellement les vices de précarité, clandestinité ou violence de la quasi-possession qui doit conduire à l'acquisition des servitudes par long usage. Et il importe de remarquer que l'absence de précarité, de violence et de clandestinité, doit s'étendre ici à la durée entière de la quasi-possession, à la différence de ce qui avait lieu pour la bonne foi en ce qui concerne la prescription des fonds provinciaux.

Une possession exempte de vices à son début ne suffirait pas. On a cherché à contester ce point à l'aide de la loi 12 au Code, *De præsc. longi tempo.*, VII, 33. Après avoir indiqué que le caractère de la possession se détermine par la bonne foi du commencement..... *bono initio possessionem tenentis*..... le passage final de cette constitution semble étendre aux servitudes l'application de la même règle : *eodem observando et si res sint quæ in jure*

(1) « *Qui diu usus est servitute neque vi, neque clam, neque precario*..... l. 1 § 23, Dig., *De aq. et aq. plu. arc.*, XXXIX, 3.— *Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis*..... inutile est ei interdictum de itinere actuque..... l. 7, *De itinere actuque priv.*, Dig., XLIII, 19.— *Is, qui judex erit, longi temporis consuetudinem, vicem servitutis obtinere sciet; modo si qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet*. L. 1, C. *De servi. et aq.*, III, 34.

consistunt veluti usumfructum et ceteræ servitutes. Ce raisonnement doit être écarté parce qu'il prouverait trop si on l'admettait; on serait amené en effet à faire de la bonne foi et du juste titre une nécessité non seulement pour la prescription acquisitive, mais encore pour la prescription extinctive également visée dans la même disposition, et ce serait là un résultat évidemment inacceptable. Pour assigner à cette loi 12 son vrai sens, il ne faut pas perdre de vue que son but principal a été d'indiquer les règles à suivre pour le calcul des années de présence ou d'absence. Ce sont ces règles seulement qui doivent être étendues à la matière des servitudes en vertu du renvoi contenu dans sa dernière phrase. Les rares auteurs qui exigent le juste titre pour la prescription des servitudes ont donc cru en vain trouver dans cette loi 12 une confirmation de leur théorie. Ils mettent encore en avant la loi 2 au Code, III, 34, qui assimile, prétendent-ils, la prescription des servitudes à la prescription des fonds provinciaux de la façon la plus complète; sous ce rapport le juste titre est nécessaire. Nous avons signalé les difficultés d'interprétation auxquelles donne lieu ce texte, il est évident, tout d'abord, que si l'on traduit ainsi: les servitudes s'acquièrent par le temps à l'exemple des choses immobilières, l'argument de nos adversaires s'évanouit, puisqu'il n'y a plus d'assimilation entre la prescription des servitudes et la prescription de la propriété même quant au délai; mais admettant même pour un instant que le fragment, à raison des mots *id spatium*, qui y figurent, ait eu en vue de fixer à dix ou vingt ans la durée de la possession requise à l'effet de prescrire pour les servitudes comme pour les choses immobilières, l'assimilation entre ces deux espèces de *longi temporis prescriptio* n'en devrait pas moins être restreinte à cette iden-

tité de délai. Le mot *tempore*, qui se trouve à la loi 2, vient préciser la pensée de l'empereur..... *Servitutem exemplo rerum immobilium tempore quæstisti*..... (1).

Si l'empereur eût entendu faire allusion ici à la nécessité du juste titre, il n'eût pas manqué d'en parler aussi dans la loi 1 dont il est également l'auteur. Il semble prendre à tâche, dans ce dernier fragment, d'énumérer les conditions requises pour que la possession de long temps puisse faire acquérir une servitude. Il se contente, néanmoins, de mentionner l'absence de précarité, de clandestinité ou de violence: « *Is qui iudex erit, longi temporis consuetudinem, vicem servitutis obtinere sciet : modo si is, qui pulsatur, nec vi, nec clam, nec precario possidet* (2). » Il ressort bien de là que le juste titre n'était pas nécessaire, car il n'est pas admissible que deux textes qui se suivent viennent énoncer deux propositions contradictoires. Par suite, les servitudes pouvaient être acquises *longo tempore*, non seulement par celui qui a traité avec le *non dominus*, mais encore par celui qui n'a traité avec personne. Nous apportons cependant une restriction à notre doctrine en ce qui concerne les servitudes négatives. Une possession affranchie des vices de précarité, clandestinité et violence suffit pour la prescription des servitudes positives, cela résulte des lois 10, au Dig., VIII, 5, et 1, au Code, III, 34, ci-dessus citées. Le premier de ces fragments a traité d'une servitude consistant *in faciendo*, le second d'une servitude consistant *in habendo*. Nous généralisons les solutions de ces deux textes. Mais, rela-

(1). L. 2, C, *De servi et aq.*, III, 34.

(2) L. 1, C., *De servi. et aqua*, III, 34. Cf. L. 11 Dig., *Si servi. vindi.*, VIII, 5.

tivement aux servitudes négatives, la nécessité d'une *justa causa* ne saurait être écartée; en l'absence d'un juste titre, la possession de telles servitudes serait entachée de clandestinité. On ne saurait admettre que l'inaction d'un propriétaire qui ne bâtit pas puisse suffire à faire acquérir à son voisin une servitude *non altius tollendi* au bout de dix ou vingt ans. La quasi-possession des servitudes négatives ne peut se concevoir que si celui qui prescrit s'est cru, au début, en droit de jouir de la servitude en vertu, par exemple, d'une constitution émanant d'une personne sans droit, qui se présentait comme le véritable propriétaire. A part l'hypothèse exceptionnelle d'une servitude négative, la règle est donc qu'il n'est nul besoin de juste titre pour la prescription des servitudes.

Demandons-nous maintenant pourquoi cette prescription s'écarte autant de celle admise pour les fonds provinciaux; pourquoi l'absence en notre matière de juste titre et de bonne foi, alors surtout qu'on semble mettre les deux institutions sur la même ligne quant au délai de la quasi-possession? Pourquoi cette assimilation partielle n'est-elle pas poussée plus loin? Il faut remonter, pour en trouver la raison, au but que se proposaient d'atteindre, d'une part, l'usucapion ordinaire de la propriété et la *longi temporis præscriptio* des fonds provinciaux; de l'autre, le long usage admis comme mode d'acquisition des servitudes.

L'usucapion ancienne avait deux buts :

1^o Faire acquérir le *dominium ex jure Quiritium* à celui qui a reçu tradition d'une *res Mancipi* et qui, pour cette cause, n'est investi que de la propriété bonitaire.

2^o Rendre propriétaire celui qui a acquis une chose *a non domino*.

La première utilité de cette usucapion cessa quand la distinction entre l'*in bonis* et la propriété quiritaire vint à disparaître.

La *præscriptio longi temporis* des fonds provinciaux avait, quant à elle, pour objet de combler les lacunes de l'ancienne usucapion. Elle permettait d'acquérir une sorte de propriété sur les fonds provinciaux, auxquels l'usucapion ancienne ne s'appliquait pas, puisqu'ils n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire. Le droit qu'on pouvait acquérir sur ces fonds portait le nom de *possessio*, aussi celui qui en était investi n'était-il pas un *verus dominus*, mais seulement un quasi-propriétaire. La *longi temporis præscriptio* n'était possible que dans un cas, quand on avait reçu la *possessio* d'une personne autre que le *quasi-dominus* et qu'on croyait telle. Elle pouvait être invoquée par les pérégrins. Elle était aussi fort utile aux citoyens romains possesseurs de fonds provinciaux.

Dans les deux cas d'application de l'usucapion ancienne et dans celui en vue duquel fut instituée la *longi temporis præscriptio* de la propriété, nous nous trouvons en présence d'un acte juridique antérieur, qui n'a manqué son effet que par une circonstance indépendante de la volonté de l'acquéreur. Le droit civil et le droit classique ont surtout en vue de consolider cet acte d'acquisition ; voilà pourquoi ils exigent une *justa causa* comme base fondamentale de l'usucapion. L'aliénation antérieure, qu'il fallait supposer, constituait précisément la *justa causa* du droit classique. La possession étant par suite présumée reposer sur une transaction, il devenait naturel de protéger uniquement celle qui avait eu lieu de bonne foi.

La nécessité de la bonne foi et du juste titre en matière d'usucapion, si l'on en croit la théorie nouvelle déve-

loppée par M. Esmein (1) était inconnue à une époque fort ancienne, elle fut introduite par la jurisprudence lorsqu'il devint utile, à raison de l'extension sans cesse croissante que prenait le monde romain, de rendre plus difficile l'usucapion dont le délai était si bref; elle eut pour point de départ la théorie de la clandestinité. On ne voulait protéger que la possession exempte de ce vice. Or, une prise de possession effectuée au grand jour et émanant d'une personne qui a cru recevoir la chose du véritable propriétaire revêtait le caractère de publicité, comme celle que le maître du fonds servant avait connue ou pu connaître. Pour tenir compte de cette idée, les jurisconsultes romains considérèrent la fraude comme un élément essentiel de clandestinité et déclarèrent que toute prise de possession qui se produirait de bonne foi ne pourrait jamais être regardée comme clandestine (2). C'était élever, en sens inverse, une présomption de défiance contre toute prise de possession où cette bonne foi ne se rencontrerait pas; et faire de la bonne foi, jointe au juste titre, une condition *sine qua non* de la possession qui doit conduire à l'usucapion.

La bonne foi devait exister au moment de la prise de possession, mais il n'était nullement nécessaire qu'elle persistât par la suite, ce qu'exprime l'axiome « *mala fides superveniens non impedit usucapionem.* » C'est là une règle dont il est facile de rendre compte, si on fait découler la bonne foi de la clandestinité comme nous

(1) Voy. *Nouvelle revue historique*, année 1885, p. 285 et suiv.

(2) *Nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bonæ fidei possessionem nanciscitur.....* Loi 6 prin., *De acqui. vel amitt. posses.*, XLI, 2.

venons de l'indiquer. C'était, en effet, au début de la possession qu'il fallait se placer pour reconnaître si elle était clandestine ou non, et le caractère qu'elle avait à ce moment ne pouvait changer ultérieurement. Nous en trouvons la preuve à la loi 6 *prin.*, au Dig., *De acquir. vel amit. possessione*, XLI, 2 : « *Is autem, qui cum possideret non clam, se celavit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere; non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est.....* »

Les notions de juste titre et de bonne foi nous sont présentées, en général, par les textes comme connexes; sans doute, elles ne se distinguaient pas l'une de l'autre au début. Elles s'expliquent, disons-nous, en matière d'usucapion et de *præscriptio longi temporis* des fonds provinciaux, par l'idée d'une transaction antérieurement intervenue.

A propos des servitudes, on n'a plus à se préoccuper d'un *negotium juris* préalable. La servitude, en effet, n'est pas un objet de commerce négociable, transmissible; elle n'est pas susceptible de passer de mains en mains par des ventes successives comme une maison. Elle ne peut convenir à tout le monde, mais seulement à un nombre très limité de personnes unies entre elles par des relations de voisinage. La vente d'une servitude n'intervient que pour créer cette servitude elle-même. Les transactions sont donc assez rares en matière de servitudes, on peut ne pas en tenir grand compte; ce qu'on doit surtout envisager, ce sont les rapports de voisinage, qui se manifestent par l'*usus*, usage concédé ou toléré par le propriétaire voisin. A quelles conditions cet usage, longtemps pratiqué sans grande gêne pour le voisin et avec tout profit pour le fonds qui en bénéficie, peut-il arriver à constituer un

véritable droit irrévocable et digne d'une protection particulière?

Voilà toute la question.

On comprend très bien, dès lors, qu'on néglige ici la *justa causa* pour ne s'occuper que de l'*usus*. Les conditions exigées pour transformer l'*usus* en droit sont celles énoncées par les nombreux textes cités plus haut, c'est-à-dire l'absence de violence, de clandestinité et de précarité. Ce sont ces mêmes conditions qui se trouvent requises pour les interdits. En notre matière, on doit s'attacher tout spécialement à l'absence de précarité, si l'on ne veut pas éteindre la bienveillance entre voisins. Il faut rechercher avec soin, lorsqu'on se trouve en présence d'actes constitutifs de servitudes, si ces actes ne sont pas le résultat d'une tolérance de la part du propriétaire du fonds prétendu servant. S'il laisse le voisin passer à travers l'un de ses héritages ou puiser de l'eau à sa fontaine, c'est la plupart du temps, parce qu'il ne veut pas risquer de se brouiller avec lui en s'opposant à des actes qui ne lui causent aucun préjudice d'ordinaire.

Mais comment arrivera-t-on alors à distinguer les actes de jouissance basés sur la tolérance de ceux exercés à titre de droit, ce qui est de la dernière importance, puisque tel est le *criterium* à l'aide duquel on déterminera s'il y a lieu de protéger le *diuturnus usus*?

Le droit français et le droit romain n'ont pas cru devoir faire la même réponse à cette question. Notre Code civil l'a tranchée en établissant une présomption *juris et de jure*. Pour le législateur de 1804, tout acte qui pourrait être constitutif d'une servitude discontinuée doit être considéré comme reposant sur la tolérance ; et on entend par servitude discontinuée toute servitude qui nécessite le fait

de l'homme pour s'exercer ; tout acte, au contraire, générateur d'une servitude continue, c'est-à-dire, d'une servitude qui s'exerce indépendamment de toute intervention de l'homme, est regardé, sauf preuve contraire, comme pouvant servir de fondement à une acquisition par prescription. La présomption légale dans le premier cas, les circonstances de la cause dans le second, permettront aux magistrats de reconnaître aisément les hypothèses dans lesquelles la possession prolongée pendant un certain temps sera génératrice d'un droit. Quelquefois, cependant, l'intention des parties pourra se trouver méconnue ; on sera conduit à voir des actes de tolérance dans le fait pour le voisin de recevoir sur son fonds des eaux ménagères découlant d'un évier ou de laisser pâturer des bestiaux dans une prairie non dépouillée de ses fruits ; les servitudes d'évier et de pacage figurent, en effet, au nombre des servitudes discontinues. Cette conséquence regrettable du système français tient à ce que les rédacteurs du Code civil se sont laissé dominer, peut-être outre mesure, par la crainte d'ouvrir la porte aux usurpations. Ils ont obéi à la même pensée en déclarant la prescription inapplicable aux servitudes discontinues et aux servitudes continues non apparentes, et en n'admettant pour les servitudes continues et apparentes que la prescription de trente ans. Sur ce point encore leurs espérances ont été déçues, car, chose remarquable, pour avoir voulu protéger d'une façon trop complète les [droits du propriétaire, ils en sont venus, dans certains cas, à les compromettre gravement.

Une personne a-t-elle, par exemple, exercé un droit de passage sur le fonds voisin sachant qu'une servitude discontinue ne peut s'acquérir par prescription ? elle se gar-

dera bien de réclamer contre le propriétaire une servitude de passage, mais elle soutiendra qu'elle a prescrit la propriété du sol sur lequel elle avait coutume de passer, et verra souvent sur ce terrain ses prétentions admises par les tribunaux.

Le prêteur romain s'est montré plus libéral, il ne pose *a priori* aucune règle restrictive, toutes les servitudes, à ses yeux, sont susceptibles de prescription. Il se contente d'une quasi-possession prolongée pendant dix ou vingt ans. Pour l'appréciation de ses caractères, il n'est jamais lié par une présomption légale, il s'en tient à la preuve du fait et des intentions, et décide, selon les cas, s'il y a eu ou non tolérance dans l'espèce. Réclame-t-on un droit de passage, comme dans l'exemple que nous donnions, il y a un instant? S'il reconnaît que les actes de passage ont eu lieu à titre de droit, il accordera au possesseur un droit de servitude, mais non pas la propriété du sol que celui-ci a pris l'habitude de traverser. Cette solution prétorienne se montre donc tout aussi prudente que la nôtre, elle permet de tenir compte dans une plus large mesure des intérêts de l'agriculture, tout en protégeant d'une façon suffisamment efficace les droits du propriétaire.

Nous savons à quel signe le droit romain et la législation française reconnaissent les actes entachés de précarité, nous avons indiqué à quelles conditions la quasi-possession des servitudes conduit à la prescription, il nous reste à rechercher qui devra établir la réunion de ces conditions. On reconnaît, en général, que l'existence des caractères de la quasi-possession doit être prouvée par celui qui réclame la servitude. La loi 10, au Dig., VIII, 5, déjà plusieurs fois citée, met la preuve à sa charge en

ces termes : « *Habet utilem actionem, ut ostendat, per annos forte tot usum se, non vi, non clam, non precario, (possedisse).* » — Dans une autre opinion, on tient que le quasi-possesseur ne pourra être contraint de fournir cette preuve, à cause de la formule négative dans laquelle sont énumérés les caractères de la quasi-possession. Au fond, ces deux systèmes peuvent parfaitement se concilier. Ils présentent l'un et l'autre une part de vérité. Les prétendus faits négatifs, dont on demande la preuve au quasi-possesseur, se résolvent en faits positifs qu'il peut très bien établir. En démontrant la publicité de sa quasi-possession il fera disparaître directement le reproche de clandestinité; il amènera des témoins constatant qu'ils l'ont vu exercer paisiblement la servitude depuis plus de dix ou vingt ans et qu'il n'a jamais passé pour le faire en vertu d'une tolérance du propriétaire. Mais c'est là tout ce qu'on peut raisonnablement lui demander. Le juste titre n'étant pas exigé pour la *longi temporis præscriptio* des servitudes, la publicité est le meilleur moyen de faire éclater aux yeux de tous l'honnêteté relative d'une possession exempte de vices. Si la servitude a été exercée au grand jour pendant le temps requis pour la prescription sans qu'aucun des faits de possession révèle la précarité ou la violence, il s'élève une présomption presque invincible de la légalité absolue de cette possession. Que si l'adversaire conteste le caractère attribué par le demandeur aux faits allégués, s'il soutient que la possession invoquée est entachée de vices qui la rendent illusoire, on appliquera la maxime *Reus in excipiendo fit actor*; à lui d'indiquer les circonstances dans lesquelles ces vices se sont manifestés. En un mot, on aura toujours recours à la règle générale que celui qui avance un fait doit en fournir la preuve. Le magistrat,

comme le fait observer M. Destrais (1), puisera sa conviction dans les assertions contradictoires des parties intéressées, il ne peut exiger d'elles que ce qu'il est en leur pouvoir de produire et de justifier dans chaque cas donné. En ce sens, il est vrai de dire que le quasi-possesseur ne saurait être contraint à rapporter la preuve directe de la légalité absolue de sa quasi-possession. L'obliger à démontrer que ce n'est pas en vertu d'une tolérance du propriétaire qu'il a exercé la servitude serait mettre à sa charge une preuve impossible à fournir, et déclarer que la prescription de dix ou vingt ans ne lui fera pas acquérir la servitude au regard du *dominus*. Pour nous en convaincre, nous n'avons qu'à étudier les conditions d'admissibilité de l'ancien interdit *de precario*.

Cet interdit était accordé au propriétaire, pour rentrer en possession d'un fonds dont il avait concédé la détention ou la jouissance à autrui, en vertu du contrat de précaire. On entendait par précaire, à Rome, un contrat *sui generis*, qu'on ne retrouve nulle part ailleurs avec ses caractères constitutifs et en vertu duquel on transmettait à autrui la possession *ad interdicta* d'un fonds, à charge de la restituer à première réquisition. La loi 1, au Dig., *De precario*, XLIII, 26, définit ainsi le précaire : « *Precarium est, quod precibus petenti utendum conceditur [tamdiu], quandiu is, qui concessit, patitur. —* » Deux personnes jouaient un rôle dans ce contrat : le *rogans*, celui à qui on permet de jouir de la chose, et le *rogatus*, celui qui fait la concession. Le *rogans* a un droit de possession sinon complet, du moins très étendu, et

(1) Destrais, *De la propriété et des servitudes*, § 104-3°, p. 410. — Paris, 1885.

peut le faire respecter à l'aide des interdits contre toute personne, autre que le *rogatus* ou le concédant; celui-ci, dépossédé à l'égard de tous, demeure possesseur à l'égard du *rogans* ou précariste et peut à tout instant réclamer la restitution de sa chose par l'interdit *de precario*. (1) (Loi 4 § 1, Dig., *De precario*, XLIII, 26.)

A nous en tenir à la définition du précaire rapportée à la loi 1, Dig., XLIII, 26, que nous avons reproduite ci-dessus, il semble que le précaire a toujours à sa base une convention intervenue entre le *rogans* et le *rogatus*, des prières formelles adressées au concédant; telle est en effet la façon dont se passaient ordinairement les choses, mais, comme le font observer MM. de Savigny et de Vangerow, il n'y a aucun motif raisonnable pour transformer cet usage en un élément indispensable à la formation du *precarium*. Il ressort nettement d'un passage des *Sentences* de

(1) Le précaire paraît avoir été imaginé par les patriciens. Ceux-ci, détenteurs des vastes terrains de l'*ager publicus*, firent, sans doute, les premiers l'application de cette institution originale, dans le but de se créer, par des concessions de terrains, une clientèle que la menace perpétuelle d'une révocation tenait sans cesse à leur discrétion. (Voir sur cette origine du précaire : Festus, *v° Patres*; Isidore, *Orig.*, V. 25, 17, p. 38, édit. de 1627; Niebuhr, *Histoire romaine* (traduction de Golbéry), t. III, p. 199 et suiv.; De Savigny, *Traité de la possession en dr. romain* (traduction Städtler), § 12, p. 179, et § 42, p. 451; Machelard, *Interdits possessoires*, p. 263. Paris, 1864; Maynz, *Cours de dr. romain*, t. II, § 244-3°, p. 344, 4° édit.)

A l'époque classique, après la disparition des concessions de l'*ager publicus*, le précaire rendit encore des services à l'occasion des contrats de vente ou de gage. Au cas de vente, il permettait au vendeur de céder immédiatement à l'acheteur la jouissance de la chose, sans cependant qu'on puisse inférer de cet abandon qu'il a entendu suivre sa foi et lui transférer la propriété avant le paiement du prix. De même en matière de gage, grâce au précaire, le débiteur pourra concéder un gage sur sa chose sans cependant être obligé de s'en dessaisir. Il continuera à en jouir en vertu d'un précaire à lui consenti par le créancier, dont les droits ne se trouvent en rien compromis. Faute de paiement à l'échéance, il se fera livrer la chose par l'interdit *de precario*.

Paul que le *precarius* peut s'établir tacitement (1). Le précaire peut aussi émaner d'une personne qui ne possède pas la chose : « *Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat precario dare ei, qui possideat* (2) ; » l'héritier, par exemple, prie le légataire qui demande la délivrance de la chose léguée de la lui laisser encore quelque temps ; ou encore, j'apprends qu'une chose m'appartenant est entre les mains d'un tiers, je fais reconnaître par lui mon droit de propriété et je consens ensuite à lui accorder un sursis pour la délivrance. L'interdit de *precario* est accordé au propriétaire qui veut enlever au précariste la possession de sa chose ; il compète donc au concédant qui n'a jamais été possesseur de la chose, comme dans les deux exemples ci-dessus (3), et au propriétaire qui a laissé un tiers en jouir en vertu d'un précaire tacitement consenti (4).

Ces caractères de l'interdit de *precario* étant donnés, supposons un habitant de la province qui pendant dix ou vingt ans a exercé un droit de pacage sur le fonds voisin. Au bout de ce temps, le propriétaire fait labourer le fonds. Le quasi-possesseur intente alors contre lui une action tendant à faire reconnaître son droit de servitude, et à faire rétablir l'héritage en nature de pré. La publicité de sa possession et l'absence de violence sont reconnues ; il succombera néanmoins, si on lui demande de démontrer que

(1) *Precario possidere videtur, non tantum qui per epistolam vel quacumque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino, possidet...* Paul, *Sent.*, liv. V, tit. vi, § 11.

(2) Loi 18, Dig., *De precario*, XLIII, 26.

(3) De Ihering, *Du fondement des interdicts possessoires* (traduction de Meulenaere), p. 89, 2^e édit. Paris, 1882.

(4) Machelard, *Théorie gén. des Interdicts*, p. 267. — Paris, 1864.

ses actes de jouissance ne reposaient pas sur la tolérance du propriétaire. Comment pourrait-il en effet rapporter cette preuve? Il ne lui suffirait pas, pour cela, d'établir qu'aucune convention n'est intervenue à une époque antérieure entre lui et le prétendu propriétaire, puisqu'il a pu exercer les actes constitutifs de la servitude à titre précaire, en vertu de la seule *patientia* du propriétaire (1). Il ne lui suffirait pas non plus de prouver que son adversaire n'a jamais eu à aucune époque la possession du fonds prétendu servant, puisqu'un légataire ou un propriétaire, qui n'a pas encore reçu livraison de son legs ou qui vient de faire reconnaître pour la première fois la légitimité de son droit de propriété, peut laisser la jouissance de sa chose, à titre de précaire, à l'héritier ou au détenteur. Un seul moyen lui resterait, dans toutes les hypothèses, pour faire écarter toute présomption de précarité de sa possession, ce serait de démontrer que celui qui a fait labourer la friche sur laquelle il exerçait son droit de pacage, n'était pas propriétaire du fonds grevé. C'est là une preuve assez délicate à fournir, surtout pour un individu qui, comme le nôtre, n'est pas investi de la propriété et n'a pas, par suite, en mains les titres établissant quel est le *verus dominus*. Il lui faudrait démontrer que la propriété de ce fonds repose sur la tête d'une autre personne que son adversaire. Et alors se poserait à nouveau la question de savoir si sa possession est exempte de précarité vis-à-vis du nouveau maître. Les mêmes difficultés surgiront, à moins que ce propriétaire véritable ne conteste pas, quant à lui, le droit du quasi-possesseur. S'il le contestait et mettait de son côté des obstacles à l'exercice de

(1) Paul, *Sent.*, liv. V, tit. vi, § 11.

la servitude, le conflit renaitrait et le possesseur finirait par succomber, faute d'avoir prouvé le défaut de précarité de sa possession. On arriverait à ce résultat que l'action utile, dont parle la loi 10, Dig., VIII, 5, ne serait accordée au quasi-possesseur qu'à l'encontre de tout autre que le propriétaire; mais contre ces personnes étrangères il n'en a pas besoin, car il a déjà les interdits possessoires, alors même qu'il serait démontré que sa possession est précaire. C'est contre le *verus dominus* que l'action lui est accordée au bout de dix ou vingt ans d'une possession exempte de vices; pour qu'elle puisse lui profiter, il ne faut pas mettre à sa charge une preuve impossible à fournir.

Tenons donc, avec M. Destrais (1), que le quasi-possesseur n'aura à démontrer directement que la publicité de sa quasi-possession pendant le laps de temps requis. Nous ne saurions nous montrer plus exigeant que les empereurs romains. Dans la loi 1, au Code, III, 34, Antonin déclare que la possession doit être exempte des vices de violence, précarité et clandestinité pour faire acquérir une servitude par la *longi temporis consuetudo*, et lorsqu'il a à faire, dans un rescrit, l'application de cette prescription à un cas spécial, il l'accorde pourvu que la possession ait eu lieu au su de l'adversaire, c'est-à-dire publiquement. Cela ressort des mots *eo sciente* qui figurent à la loi 2, au Code, de *Servit. et aqua*, III, 34 : « *Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti : servitutem..... tempore quæstisti.* » Si tu as établi la conduite telle que tu la réclames au su de Martial Les mots *eo sciente* ont été empruntés à l'exposé des faits, l'empereur les reproduit comme condi-

(1) Destrais, *De la propriété et des servitudes en dr. romain*, § 104-3^e, p. 410. — Paris, 1885.

tion du jugement, car à ses yeux ce point une fois établi, il en résulte nécessairement l'absence de précarité, clandestinité ou violence. Tel est le sens exact à attribuer à ce texte, dont quelques auteurs se sont armés à tort pour faire de la *scientia domini* une condition absolue de l'établissement des servitudes par long usage. Cette loi exceptée, dans aucun des nombreux fragments où les jurisconsultes s'occupent des conditions de la prescription, il n'est question de la *scientia domini*, et ce n'est pas dans un rescrit qu'il faut chercher des règles de droit.

Nous avons dit que la possession pour conduire à la prescription doit s'être continuée pendant dix ou vingt ans sans interruption. Voyons rapidement ce qu'on entend ici par interruption.

La quasi-possession est interrompue quand l'exercice de la servitude est troublé d'une façon quelconque par le propriétaire du fonds prétendu servant, soit par un acte d'opposition, soit par une défense verbale : « *Prohibitur autem intelligitur, quolibet prohibentis actu : id est, vel dicentis se prohibere, vel manum opponentis, lapillumve jactantis prohibendi gratia* (1). » Nous tenons donc avec M. Molitor (2) que la quasi-possession en notre matière est interrompue dès qu'une seule des conditions que nous avons énumérées plus haut vient à faire défaut.

Un auteur allemand, Mühlenbruch (3), n'est pourtant pas de cet avis. Il est impossible, nous dit-il, de définir d'une manière exacte l'interruption de la quasi-possession ; il

(1) Loi 20 § 1, au Dig., *Quod vi aut clam*, XLIII, 24.

(2) Molitor, *La possession, la revendication et les servitudes*, p. 431, 2^e édition.

(3) Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 289 *in fine*, p. 152, 4^e édit.

semble, quant à lui, distinguer entre les servitudes urbaines et les servitudes rurales. S'agit-il des premières, l'interruption de prescription n'a lieu qu'avec la disparition de l'état de superficie qu'impliquent ces servitudes; il invoque la loi 6, au Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 2, texte bien connu de Gaius qui établit la différence entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines au point de vue de leur extinction, et la loi 20 *prin.*, au même titre : « *Servitutes quæ in superficie consistunt possessione retinentur.* » Pour interrompre la quasi-possession de la servitude urbaine *tigni immittendi*, il ne suffirait pas que la poutre eût cessé d'être appuyée sur le mur du voisin, il faudrait encore que le propriétaire de ce mur en bouchant le trou où s'appuyait la poutre eût par cet acte contraire à la servitude commencé l'*usucapio libertatis*. Ce même auteur pense également, en ce qui concerne les servitudes rurales, s'appuyant sur la loi 4 § 27, au Dig., *De usurpa. et usucapio.*, que la simple défense de passer par un chemin ne produisant pas l'impossibilité d'user du droit ne constitue pas encore l'interruption du droit de passage.

Nous ne saurions partager la manière de voir de Mühlenbruch. Ce jurisconsulte allemand confond évidemment la prescription acquisitive avec la prescription extinctive par suite de non usage. Les textes sur lesquels il s'appuie ont trait à des servitudes déjà constituées, ils examinent à quelles conditions l'interruption de la possession conduit à l'extinction par non usage et établissent pour les servitudes urbaines la nécessité de l'*usucapio libertatis*. Ils ne sauraient donc être invoqués dans notre hypothèse où il s'agit d'une prescription en cours d'être acquise. La servitude n'existe pas encore, le quasi-possesseur n'a qu'une situation de fait, la moindre atteinte portée à cette situa-

tion peut en modifier les conditions et la rendre inefficace. Ainsi, dès que la poutre qu'il faisait reposer sur le mur du voisin est enlevée, il ne possède plus la servitude *tigni immittendi*; il ne peut plus la prescrire. De même, pour les servitudes rurales, la simple défense de passer par exemple, faite par le maître du fonds prétendu servant, rend la possession violente (1), par conséquent pour que la prescription puisse s'accomplir, il faudrait un nouveau délai de dix ou vingt ans à partir de cette violence. C'est que l'absence de précarité, de clandestinité ou de violence pour la quasi-possession des servitudes doit persister pendant tout le temps requis pour conduire à la prescription, à la différence de ce qui se passe en matière d'usucapion ordinaire où les qualités exigées de la possession ne sont envisagées qu'au moment où elle commence et au début de l'usucapion.

Mühlenbruch n'a pas été le seul à confondre l'usage d'une servitude établie et l'usage d'une servitude à établir. M. Maynz (2) est tombé dans la même confusion. Le professeur belge distingue, au point de vue de l'interruption de la prescription, entre les servitudes négatives, *quæ non faciendo consistunt* et les servitudes affirmatives *quæ patiando consistunt*; pour les premières, il y a interruption par cela seul que l'état de choses conforme à la servitude a été changé d'une manière quelconque; pour les servitudes affirmatives, il faut en général un acte contraire de la part du propriétaire de la chose sur laquelle la servitude s'exerce. Mais M. Maynz ajoute une restriction importante : il reconnaît que dans tous les cas, la protes-

(1) Loi 20 *prin.* et § 1, *Quod vi aut clam*, XLIII, 24.

(2) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 142, p. 848, 4^e édition.

tation ou l'opposition du propriétaire aura pour effet d'interrompre l'usucapion de la servitude. La distinction du savant professeur nous semble néanmoins arbitraire, les lois 6, au Dig., *De servi. præd. urba.*, et 6 § 1, *De usurpa. et usuca*, VIII, 5, qu'il invoque, ne sont applicables que lorsque la servitude existant déjà et que la quasi-possession étant appuyée sur le droit, on vient à se demander comment ce droit s'éteindra par prescription; mais elles doivent être laissées de côté, quand on se trouve, comme nous, en présence d'une quasi-possession séparée du droit et qui y mène.

La prescription des servitudes par dix ou vingt ans ne peut s'appliquer qu'aux servitudes constituées sur des fonds dont la propriété pouvait de droit commun s'acquérir par cette prescription. Elle ne pouvait donc faire acquérir une servitude sur les biens déclarés imprescriptibles par la loi, ceux hors du commerce par exemple, ou les fonds dotaux, les biens compris dans le pécule propre des fils de famille tant que dure la puissance paternelle. Elle ne s'appliquait pas non plus aux biens qui ne peuvent tomber que sous le coup de la prescription extraordinaire de trente ou quarante ans, comme ceux du fisc ou des communautés. Le même laps de temps sera nécessaire pour faire obtenir les servitudes sur ces derniers.

Pour terminer cette étude sur le *diuturnus usus*, recherchons rapidement quel était en matière de servitudes le rôle de la possession immémoriale que nous trouvons mentionnée dans plusieurs fragments du Digeste. Voici les deux principaux :

« *Ductus aquæ, cujus origo memoriam excessit, jure constituti loco habetur* (1). »

(1) Loi 3, § 4, Dig., *De aqua quoti. et æstiva*, XLIII, 20.

Scævola respondit, solere eos qui juri dicundo præsunt, tueri ductus aquæ quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi jus non probaretur (1). »

Sur la foi de ces textes, certains auteurs ont soutenu que la servitude d'aqueduc ne pouvait s'acquérir que par une quasi-possession se perdant dans la nuit des temps. Mais d'après la loi 10 *pr.* au Dig., *Si servi. vind.*, VIII, 5, et la constitution 2 au Co., *De servi. et aq.*, III, 34, cette servitude comme les autres peut s'acquérir par la *longi temporis præscriptio* au moyen d'une quasi-possession exempte de vices, prolongée pendant dix ou vingt ans. N'y a-t-il pas là contradiction ?

Comment lever cette difficulté qui depuis des siècles a occupé les jurisconsultes ? Parmi les solutions nombreuses (2) et fort différentes qui ont été proposées, il en est bien peu qui ne soulèvent des objections. Nous ne pouvons les passer toutes en revue, bornons-nous donc à exposer la plus satisfaisante de toutes, celle de M. de Savigny.

D'après cet auteur, « le temps immémorial a pour objet de suppléer aux institutions du droit privé, relativement à certains droits, qui par leur nature et leur origine, participent du droit public (3). » Certaines matières échappent à la prescription ordinaire à raison de leur affinité avec le droit public, mais le même besoin de prévenir les procès

(1) L. 26, Dig., *De aqua et aq. plu. arcend.*, XXXIX, 3.

(2) L'énumération des divers systèmes sur la possession immémoriale est donnée fort au complet par M. de Savigny, *Traité de droit romain* (traduction Charles Guenoux), t. IV, § 197-VI, p. 509 et suiv. (*Edit.* Paris, 1845) ; et par M. Desfrais, *De la propriété et des servitudes en droit romain*, § 105, p. 414 et suiv. — Paris, 1885.

(3) De Savigny, *op. cit.*, t. IV, § 195, p. 491.

se faisant sentir pour elles (1), elles tomberont sous le coup de la prescription immémoriale.

Les textes qui la mentionnent se réfèrent tous plus ou moins au droit public. N'est-ce pas à l'administration qu'il appartient de prendre les mesures nécessaires pour la voirie, l'écoulement des eaux pluviales, ou l'approvisionnement des fontaines publiques? Or c'est précisément dans ces trois cas que nous voyons intervenir la possession immémoriale.

Elle confère en premier lieu, le caractère de voies publiques à certaines voies privées : « *Viae vicinales, quæ ex agris privatorum collatis factæ sunt, quarum memoria non extat, publicarum viarum numero sunt* (2). »

Elle permet également de maintenir les travaux qui ont été faits en vue de modifier l'écoulement naturel des eaux pluviales, et de le rendre plus incommode au fonds voisin. En principe, tout propriétaire pouvait demander la démolition de ces travaux, sauf dans le cas où ils avaient été ordonnés par le Sénat ou le prince (3), et celui où ils existaient depuis un temps immémorial. La *vetustas* avait le même effet qu'une disposition législative de l'autorité supérieure (4).

L'ancienneté remplace ici les règlements administratifs, mais ne crée pas une véritable servitude ; il n'en est au-

(1) « ... *Vetustas, quæ semper pro lege habetur, minuendarum scilicet litium causa.* » L. 2 pr., Dig., *De aq. et aq. pluv. arc.*, XXXIX, 3., Cf. l. 1, Dig., *De usurpa. et usucap.*, XLI, 3.

(2) L. 3 pr., Dig., *De locis et itin. publi.*, XLIII, 7.

(3) L. 23 pr., Dig., *De aq. et aq. pluv. arcend.*, XXXIX, 3.; l. 2 § 3, *eod. titulo.*

(4) *Vetustatem vicem legis tenere...* L. 1 § 23, Dig., XXXIX, 3. — *In summa tria sunt, per quæ inferior locus superiori servit: lex, natura loci, vetustas quæ semper pro lege habetur.* Loi 2 pr.; *eod. titu.*

cunement fait mention dans les titres consacrés à la théorie des servitudes. Enfin, le jurisconsulte Ulpien, à la loi 1 § 23, au Dig., XXXIX, 3, établit entre la possession immémoriale et les servitudes une assimilation qui suppose bien que la matière qu'il traite, quand il en parle, est différente : « *Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur..... eritque ista quasi-servitus* (1). »

Le troisième cas, où il est question de possession immémoriale, concerne les conduites d'eau. C'est celui prévu aux lois 3 § 4, Dig., XLIII, 20 ; et 26, Dig., XXXIX, 3, dont nous avons ci-dessus rapporté les termes. Les mots *ductus aquæ*, contenus dans ces deux lois, désignent les conduites servant à prendre de l'eau dans les aqueducs publics.

Le service des eaux publiques était à Rome l'objet d'une surveillance des plus actives ; des fonctionnaires spéciaux, connus sous le nom de *curatores aquarum*, étaient chargés de tout ce qui s'y rapportait (2). On punissait de peines extrêmement sévères les individus qui détournaient l'eau destinée à l'alimentation des fontaines publiques (3). Dans certains cas, cependant, il pouvait être fort utile aux particuliers, dans un intérêt agricole, de faire des prises d'eaux aux aqueducs publics. L'empereur avait seul le droit de les autoriser (4). Lorsqu'il accordait, à titre de grâce, une semblable jouissance, le préteur la protégeait contre tout trouble au moyen d'un interdit (5), comme s'il

(1) L. 1 § 23, Dig., XXXIX, 3.

(2) Voy. Sénatusconsulte de l'an 743, rapporté dans Giraud, *Rei agrariæ scriptorum reliquæ*, p. 89 (Paris, 1843).

(3) Voyez Plébiscite de l'an 745, Giraud, *op. cit.*, p. 94.

(4) L. 1 § 41 et 42, Dig., *De aq. quoti. et æsti.*, XLIII, 20.

(5) L. 1 § 38 et 40, Dig., *eod. titu.*

se fût agi d'un droit privé. Si le rescrit impérial venait à se perdre, il était impossible, désormais, de prouver la concession. La prescription de dix ou vingt ans ne pouvait être invoquée, elle remplace seulement le mode de constitution (*in jure cessio*, mancipation ou autre), quand il s'agit d'une servitude véritable, et le droit dont il est ici question n'est pas une servitude. Il importait, toutefois, de ne pas priver un propriétaire de l'eau dont il jouit depuis une époque si ancienne qu'on a perdu le souvenir du jour où sa possession a pris naissance. C'eût été porter le trouble dans le régime agricole des fonds. La possibilité de l'irrigation est devenue par la possession immémoriale une qualité inhérente du fonds auquel elle profite. Aussi le préteur lui accorde-t-il sa protection; il considère la *vetustas* comme tenant lieu d'un établissement régulier émanant de l'autorité publique, ainsi que cela se passe pour le règlement du cours des eaux pluviales et à l'égard des chemins publics.

Cette interprétation lève toute contradiction entre nos deux textes et la loi 10, *Si servi. vindicetur*, VIII, 5; la prescription de dix ou vingt ans s'applique seule à la servitude d'aqueduc, la possession immémoriale ayant uniquement trait à l'usage privé d'une conduite d'eau publique.

Reste à démontrer que les mots *ductus aquæ* ont bien le sens que M. de Savigny leur attribue: cela découle clairement pour la loi 3, § 4, Dig., XLIII, 20, des § 1 et 2 de la même loi, où il est question de l'eau d'un fleuve public..... « *Si aquam ex flumine publico duxeris*, » et de la loi 1 au même titre qui précède presque immédiatement, où l'on traite des concessions d'eau sur les aqueducs publics. La solution de la loi 3 § 4, se trouvant

également formulée à la loi 26, Dig., XXXIX, 3, dans des termes à peu près identiques, il est raisonnable de supposer que l'hypothèse visée dans ces deux fragments est la même.

Une constitution des empereurs Arcadius et Honorius (1), qui paraît bien une mesure administrative, vient confirmer la théorie que nous venons d'exposer; elle assure à chaque citoyen le droit de jouir en paix des concessions d'eau établies par la possession immémoriale. Cette loi 4 se réfère manifestement à l'usage des conduites d'eaux publiques. Elle parle, en effet, d'une concession faite par l'empereur à ses sujets, et déclare maintenir les peines prononcées contre quiconque aurait attiré frauduleusement l'eau à son jardin par des canaux de dérivation. Enfin, il est encore fait allusion à l'influence de la possession immémoriale pour l'acquisition des prises d'eau dans des aqueducs publics à la loi 7 au Code, *De servi. et aq.*, III, 34; les expressions *procurator noster*, qu'on y rencontre, ne laissent aucun doute à cet égard. S'il s'agissait d'une servitude ordinaire constituée entre particuliers, ce *procurator* n'aurait aucune surveillance à exercer.

§ 3.

DES PACTES ET STIPULATIONS.

Une des questions les plus controversées de notre sujet est de savoir si les pactes et stipulations pouvaient servir à constituer une servitude comme droit réel, sans qu'il fût

(1) L. 4, Co., *De aqueductu*, XI, 42.

besoin de quasi-tradition, ou s'ils n'engendraient que des obligations, un droit de créance. La question se pose dès l'époque classique, et nous la retrouverons en étudiant les modes de constitution des servitudes sous Justinien. Pour ne pas nous écarter du plan que nous nous sommes tracé, et pour ne pas scinder les explications que nous aurons à donner à ce propos, nous avons cru bon de discuter, dans notre dernier paragraphe sur les modes d'établissement des servitudes du droit prétorien, ce qui a trait à cette matière, à l'époque des jurisconsultes antérieurs à Justinien. Et lorsque nous aborderons la législation en vigueur sous cet empereur, nous examinerons, dès notre premier paragraphe, si les pactes et stipulations ont un effet différent de celui qui leur était reconnu à l'époque classique, et s'ils constituent un véritable mode de constitution des servitudes comme droit réel, ainsi que cela semble résulter du § IV aux Inst., II, 3.

A l'époque classique, les pactes et stipulations nous apparaissent comme un procédé à l'aide duquel on établissait sur un fonds l'équivalent d'une servitude, lorsqu'un principe de droit civil s'opposait à la constitution du droit réel lui-même. On avait surtout recours à ce procédé, lorsque l'on désirait établir une servitude sur les fonds situés hors de l'Italie. On sait que ces fonds n'étaient pas susceptibles du *dominium ex jure Quiritium*, ni des droits réels qui en sont les démembrements et n'admettaient ni la mancipation, ni la *cessio in jure*. La nécessité d'établir des servitudes dans les provinces, ne fût-ce que dans l'intérêt de l'agriculture, ne tarda pas à se faire sentir, alors que le préteur n'avait pas encore introduit la théorie de la quasi-possession et de la quasi-tradition. On avait recours aux pactes et stipulations pour se procurer l'équivalent de

ces droits, ainsi que le constate Gaius au § 31 de son commentaire II, dont voici les termes : « *Sed hæc scilicet in Italicis prædiis ita sunt, quia et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in provincialibus prædiis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi aquamve ducendi; vel altius tollendi ædes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest: quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt.* » .

Voici d'abord en quoi consistait le procédé en question. On précisait avec détails dans un pacte la nature, l'étendue et les conditions d'exercice de la servitude. Ce pacte n'obligeait à rien et ne faisait naître aucune action. « *Nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem* (1). » Cela fait, le propriétaire du fonds dominant stipulait du propriétaire du fonds servant qu'il n'apporterait aucun obstacle à l'exercice du droit convenu, ou bien qu'il lui paierait en cas de trouble une somme déterminée à titre de peine. Telle est l'explication qui nous est donnée par Théophile dans sa Paraphrase. Le propriétaire du fonds servant était dès lors obligé, et ne pouvait manquer à l'observation du pacte qu'en s'exposant à l'action personnelle *ex stipulatu* par laquelle le propriétaire du fonds dominant lui réclamerait le paiement de la somme fixée. Mais l'opération que nous venons de décrire engendrait-elle un simple droit de créance, ou donne-t-elle naissance, dès à présent, à un droit réel comme si elle avait été accompagnée d'une quasi-tradition ? L'action confessoire

(1) L. 7 § 4, Dig , *De pactis*, II, 14.

pourra-t-elle être intentée par le maître du fonds dominant ? Signalons d'abord l'intérêt de la question. Il se présente au cas d'aliénation de l'immeuble assujéti : si les pactes et stipulations engendrent un droit réel, il devra être respecté non-seulement par le propriétaire qui a concédé la servitude sur son immeuble, mais encore par le tiers acquéreur de ce bien. Si au contraire, il ne s'agit que d'une simple obligation, l'acheteur du fonds, le donataire, ou tout autre propriétaire de l'immeuble asservi, successeur à titre particulier du constituant, pourra s'opposer à l'exercice de cette servitude puisqu'il n'est pas tenu des obligations de son auteur. Le créancier de la servitude pourra seulement exercer son action personnelle contre celui qui la lui avait promise ; ce dernier lui devra la somme stipulée *pœnæ nomine*.

Maintenant que nous connaissons tout l'intérêt de la question, voyons comment elle a été résolue. Si l'on se place à une époque antérieure au xvii^e siècle, les interprètes s'accordent à dire que les pactes et stipulations n'engendrent que des obligations ; tous exigent que la quasi-tradition les accompagne pour donner naissance au droit réel. C'est encore la doctrine qui nous semble la seule fondée aujourd'hui, c'est celle qui domine en Belgique et en France, celle enfin à laquelle MM. Pellat (1), Orto-

(1) Pellat, *Exposé des principes généraux de la propriété et de l'usufruit* ; Introduction, p. 62 et 63, 2^e édition. Une note, placée au-dessous de la page 63 de cet ouvrage, indique avec le plus grand soin tous les auteurs qui ont soutenu avec M. Pellat la doctrine traditionnelle en cette matière et ceux qui se sont ralliés à l'opinion de M. de Savigny. M. Du Caurroy, après avoir défendu la théorie allemande dans les 2^e et 3^e éditions de ses *Instit. expliquées*, est revenu dans ses dernières éditions (4^e et 5^e éditions, 1836, p. 340-342) au système qui triomphe en France.

lan (1), Labbé, Demangeat (2) et Accarias (3) sont venus prêter l'appui de leur autorité. Mais à côté de cette théorie, il en est une autre, qui a vu le jour en Allemagne où elle a fini par triompher après des discussions très vives. Dans cette deuxième opinion, on soutient que, soit en droit classique, soit sous Justinien, les pactes et stipulations pouvaient constituer une servitude comme droit réel indépendamment de toute tradition. Bachov, jurisconsulte allemand qui professait à Heidelberg au commencement du ^{xviii} siècle, est le premier qui ait contesté le système français, auquel nous nous rallions, mais ses contemporains l'accusaient d'hérésie, Vinnius, en particulier, le traite fort sévèrement. Ce n'est qu'au commencement du siècle que M. de Savigny (4) reprit l'opinion de Bachov et finit par rallier à sa doctrine la plupart des jurisconsultes allemands (5). Dans une seconde théorie, on admet en principe que toutes les servitudes affirmatives et négatives, qui anciennement ne pouvaient s'acquérir par la mancipation ou l'*in jure cessio*, s'acquièrent dans la législation de Justinien par le seul effet des conventions. Entre ces deux opinions extrêmes, une doctrine intermédiaire s'est fait jour, elle est connue sous le nom de système

(1) Ortolan, *Explicat. histori. des Insti.*, t. II, n° 466, p. 336 bis, 5, 10^e édition.

(2) Demangeat, *Cours élémén. de dr. romain*, t. I, p. 537, 3^e édition.

(3) Accarias, *Précis de dr. romain*, t. I, n° 278, p. 634 et s., 2^e édition.

(4) De Savigny, *Das Recht des Besitzes*, 4^e édition, 1822, p. 447, note 1 ; 5^e édition 1827, p. 527, note 1.

(5) Voir en ce sens, Schmidlein, *De servit. per pactum constituendis*, Göttingue, 1823 ; Varnkœnig, *Themis*, t. X, année 1830-1831, p. 57 à 89, et dissertation dans *Archiv. f. d. civ. Prax.*, t. XII, année 1829, p. 52 à 65. — Michelsen, Dissertation insérée dans *Archiv. für die civilistische Praxis*, t. VIII, année 1825, p. 362-385. — Puchta, *Cursus Insti.*, t. II, § 256, et notes *u* à *z*, p. 289 et suiv., 9^e édit.

mixte et a été soutenue par MM. Francke (1) et Zimmern (2). D'après ces auteurs, les pactes et stipulations suffisent pour constituer une servitude négative, mais pour celles affirmatives, il faut en outre la quasi-tradition (3).

Une discussion approfondie de ces divers systèmes fournirait à elle seule des développements suffisants pour écrire un volume, la nature de notre travail ne nous permet pas d'entreprendre une pareille tâche, aussi nous contenterons-nous de passer en revue les plus importants des textes invoqués par l'école allemande et de montrer le bien fondé de notre système en réfutant les arguments qu'on cherche en vain à en tirer.

Nos adversaires s'emparent d'abord du § 31 du commentaire II de Gaius que nous citons il y a quelques instants. Le jurisconsulte faisant allusion aux pactes et stipulations, se sert du mot *constituere*. Ce mot, dit-on, n'aurait pas de sens s'il ne signifiait constituer un droit réel. L'expression *id efficere potest*, ajoute-t-on, montre que les pactes et stipulations pour les fonds provinciaux produisaient le même effet que la mancipation ou l'*in jure cessio* pour les fonds italiques (4). Gaius lui-

(1) Francke, *Civil. Abhandl.* (Göttingue, 1826), num. 3.

(2) Zimmern, *Archiv. für die civilistische Praxis*, t. VII, n° 17. Voyez dans le même sens, Krans, *Traité des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation*, p. 27 à 35. Paris, 1869. — Namur, *Cours d'Institut.*, t. I, n° 180-2°, p. 247 et suiv., 2° édit.

(3) On trouve l'exposé sommaire des trois systèmes dans Mühlenbruch. *Doctrina Pandectarum*, t. II, § 288 *in medio*, p. 149, 4^e édit. Cet auteur semble se rallier au système allemand qu'il dit adopté par la majorité. Toutefois le système de Mühlenbruch adopté également par Molitor dans son *Traité de la possession*, p. 420, diffère de celui de M. de Savigny par quelques points de détails.

(4) Varnkœnig, *Themis*, t. X, 1830-1831, p. 57 à 89.

même nous fournit la réponse à ces deux objections dans un autre texte dont nous extrayons les lignes suivantes : « *Omnium prædiorum, jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum....* Et plus loin : « *Et sine testamento (autem) si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest (1).* » Les mots *jubeatur dare* indiquent nettement qu'il s'agissait dans l'espèce d'un legs *per damnationem*, c'est-à-dire d'un legs où le légataire n'a qu'un droit de créance, et pourtant Gaius emploie le mot *constituere* et l'expression *id efficere potest*. Il faut donc reconnaître que le jurisconsulte n'a pas entendu leur attribuer le sens qu'on a voulu leur prêter et qu'ils n'ont nullement trait à la constitution du droit réel. Ce droit n'existera pour lui que lorsqu'il y aura quasi-tradition : « *Dare autem intelligitur, si induxerit fundum legatarium, eumve patiatur uti frui* », ajoute la loi 3, VII, 1, au même passage.

Outre le texte de Gaius, on invoque une constitution de l'empereur Alexandre Sévère qui date de l'an 224. Elle forme la loi 3 au Code, *De servi. et aqua*, III, 34. Voici la phrase dont on excipe : « *Et in provinciali prædio constitui servitus aquæductus vel aliæ servitutes possunt, si ea præcesserint, quæ servitutes constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent.* » Les mots *si ea præcesserint* et *placita* font évidemment allusion, nous dit-on, aux pactes et stipulations. Mais c'est là, à notre sens, une affirmation toute gratuite. Le texte n'est pas assez précis pour ébranler la doctrine que nous défendons, on peut tout aussi bien dire que ce qui doit *præcedere*, c'est la quasi-tradition ;

(1) Loi 3 pr., Dig., *De usuf. et quemadmodum*, VII, 1.

jointe au pacte et à la stipulation, elle établira la servitude.

Mais, s'écrient alors nos adversaires, admettre que les pactes et stipulations n'engendrent à eux seuls qu'un droit personnel contre celui qui a consenti la servitude ou contre ses héritiers, c'est décider par là même qu'aucune servitude n'a pu exister comme droit réel sur les fonds provinciaux jusqu'à l'admission par le préteur de la quasi-tradition en notre matière. Or cette innovation prétorienne ne parut qu'assez tard. Gaius ne parle que des pactes et stipulations, il ne dit rien de la quasi-tradition, ne peut-on en conclure qu'elle n'existait pas encore à son époque, c'est-à-dire au deuxième siècle, sous Adrien et Marc-Aurèle? Les Romains, cependant, depuis longtemps déjà, s'étaient répandus dans les provinces et y possédaient de nombreuses propriétés territoriales. Est-il vraisemblable qu'ils soient restés pendant une aussi longue période sans pouvoir constituer de véritables servitudes sur ces fonds ou à leur profit?

Nous répondrons qu'il n'y a pas lieu de s'étonner de la condition particulière faite aux fonds provinciaux eu égard à l'établissement des servitudes, si l'on veut bien se rappeler la situation spéciale dans laquelle ils se trouvaient relativement au droit de propriété. Ces fonds, qu'ils fussent tributaires ou stipendiaires, n'étaient pas susceptibles de propriété quiritaire. Les habitants des provinces n'avaient sur eux qu'un droit qualifié de *possessio*. Ce droit ne changeait pas de nature lorsqu'il venait à être cédé à des citoyens romains (1). Comment dès lors concevoir entre

(1) Il est peu probable, en effet, que les Romains possesseurs d'immeubles situés dans les provinces aient été dispensés de payer les impôts. Or, c'est précisément

ces fonds un rapport de servitude, c'est-à-dire un démembrement du droit de propriété? Le propriétaire seul a qualité pour imposer une servitude sur un fonds ou pour en stipuler une à son profit. Or, le propriétaire de tous les immeubles des provinces, c'était le peuple ou l'empereur (1). C'est assez d'autoriser les possesseurs à grever le fonds qu'ils détiennent, pour le temps de leur jouissance. Le préteur, guidé par des raisons d'utilité pratique, leur en fournit les moyens. Ce magistrat en était venu à reconnaître aux possesseurs des fonds provinciaux un droit analogue au droit de propriété. Ses réformes tendent peu à peu à supprimer toute différence entre ces deux droits (2), mais le but ne sera complètement atteint que sous Justinien. Puisqu'il n'existe pas à l'origine sur ces fonds de véritable

pour justifier la perception de ces impôts que l'Etat conserva si longtemps le *dominium* sur le sol provincial. La contribution foncière, imposée aux détenteurs de fonds provinciaux, était alors considérée comme une espèce de rente à payer à raison de la jouissance qui leur était concédée par le propriétaire du sol. On n'y voyait pas, comme aujourd'hui, une juste rémunération due à l'Etat pour les services qu'il rend aux particuliers et pour la protection qu'il leur accorde. Aussi l'Italie, qui était susceptible du *dominium ex jure Quiritium* (Gaius, *Com.*, I, § 120, et Ulpien, *Reg.*, XIX, 1), était-elle dispensée de l'impôt foncier; ce que nous atteste Aggenus Urbicus en ces termes : « *Per Italiam ubi nullus ager est tributarius.* » (Aggenus Urbicus, *De controvers. agro*, dans Lachmann, *gromatici veteres*, t. I, p. 62. — *Edit.* Berlin, 1848.)

(1) *Sed in provinciali solo dominium populi romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur.* Gaius, *Com.*, II, § 7; Cf. § 27, *eod.*

(2) Dès Dioclétien, nous voyons employer l'expression de *dominium* (Fr. *Vat.*, § 315 et 316,) pour désigner le droit dont on peut être investi sur le sol provincial preuve manifeste qu'il n'existait plus guère de différence entre ce droit et la propriété véritable. C'est qu'en effet à cette époque l'intérêt de la distinction disparut, l'Italie fut soumise au paiement de l'impôt foncier; le partage de l'empire le rendait nécessaire, l'empire d'Occident n'eût pu se suffire avec les ressources de ses provinces. Ce fut Maximien, collègue de Dioclétien, dans le lot duquel était tombée l'Italie, qui lui imposa l'obligation de payer la contribution foncière. (Aurélius Victor, *De Cæsaribus historia*, chap. xxxix, p. 140. — *Edit.* Bipontine, 1789.

propriété, on ne peut établir de véritables servitudes ; mais on arrive à l'aide d'un moyen détourné à créer des droits qui s'en rapprochent beaucoup. On a recours à un procédé souvent usité à Rome dans les cas où l'on voulait obtenir un résultat impossible à atteindre autrement, au pacte accompagné d'une stipulation (1). Les Institutes nous offrent un second exemple de l'application de cet expédient à propos de la stipulation pour autrui (2). L'assimilation entre la propriété provinciale et la propriété quiritaire s'accroissant de jour en jour, le préteur voulut un peu plus tard permettre d'établir dans les provinces des droits réels aussi stables qu'en Italie, c'est pour cela qu'il admit la quasi-tradition des servitudes. A quelle époque cette deuxième innovation prétorienne fut-elle introduite ? Nous avons déjà indiqué la date de l'apparition de ce procédé nouveau sur la foi d'un texte de Javolénus (3). Labéon, contemporain d'Auguste, dont l'avis nous est rapporté dans ce fragment, ne l'admettait pas encore, mais Javolénus nous présente la quasi-tradition comme bien établie de son temps, c'est-à-dire à la fin du 1^{er} siècle. Elle était donc certainement connue du vivant de Gaius, au milieu du deuxième siècle de notre ère. Si Gaius ne parle pas de la quasi-tradition en mentionnant les pactes et stipulations, ce n'est donc pas parce qu'elle n'existait pas encore, mais bien plutôt, parce qu'il la suppose sous-entendue ; les pactes et stipulations ne pouvant, d'après le droit commun, engendrer des droits réels, il ne lui vient pas à l'idée qu'on pourra leur attri-

(1) Inst., liv. II, tit. 1, *De divisione rerum*, § 40 ; Cf. l. *unic.*, au Code, *De nudo jure Quiritum tollendo*, VII, 25.

(2) Inst. *De inuti. stipu.*, liv. III, tit. XIX, § 19.

(3) L. 20, Dig., *De servit.*, VIII, 1.

buer cet effet en l'absence de la quasi-tradition. S'il eût entendu apporter une telle dérogation aux idées reçues, il n'eût pas manqué de s'en expliquer formellement. On sait, en effet, combien était tranchée, à Rome, la distinction entre les modes générateurs de droits réels et ceux créateurs d'obligations. Jamais un simple pacte n'a eu pour effet de transférer la propriété. La célèbre loi 20 au Code, *de Pactis*, liv. II, tit. III, pose le principe à cet égard. Elle est ainsi conçue : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* »

Si le droit de propriété ne peut pas être transféré par simple pacte indépendamment de toute tradition, il n'en saurait être autrement des servitudes qui, démembrements de la propriété, doivent suivre pour leur acquisition les mêmes règles que la propriété elle-même. Le motif de la règle consignée à la loi 20 au Code, *de Pactis*, convient d'ailleurs aux servitudes comme à la propriété ; il est tiré, ainsi que le fait très bien remarquer M. Van Vetter (1), de la nature absolue du droit réel, qui existe vis-à-vis de tous ; et, partant, il serait contradictoire de suivre pour la propriété le principe énoncé et de l'exclure pour les servitudes auxquelles l'applique effectivement, en termes non équivoques, le fragment du Digeste précité, si on l'interprète avec impartialité.

On va, sans doute, nous objecter que si telle était la règle du droit civil, elle n'était pas toujours fidèlement observée par le droit prétorien ; la constitution d'hypothèque, par exemple, peut avoir lieu *nudis pactis* (2), mais c'est là

(1) Van Vetter, *Cours élém. de droit romain*, t. I, § 140-4^o, p. 490.

(2) L. 17 § 2, Dig., *De Pactis*, 2, 14 ; l. 49 *in fine*, Dig., *De solut.*, XLVI ; Inst., *De actio.*, liv. IV, tit. vi, § 7.

une hypothèse exceptionnelle, dérogoire au droit commun, que tous les auteurs citent comme telle. Si l'on dispense de tradition dans ce cas, cela tient à la nature même de l'institution, qui avait précisément pour but de permettre au débiteur de se créer un moyen de crédit en conservant la possession de la chose grevée, dont la valeur vénale seule est affectée. Il n'en est pas de même de la servitude, qui implique toujours dessaisissement de l'un des attributs de sa propriété de la part du maître du fonds servant au profit du propriétaire de l'immeuble dominant, et tout au moins une disposition des lieux conforme au droit concédé. Enfin, la loi décide expressément que la tradition n'est pas nécessaire pour constituer le droit d'hypothèque, décisions dont nous ne trouvons pas l'équivalent pour les servitudes (1).

(1) Il est assez difficile de préciser exactement la date de l'introduction de l'hypothèque en Italie. Nous trouvons son nom deux fois mentionné dans Cicéron (Cic. *ad Atticum*, IX, 17 et *Ad familiares*, XIII, 56), mais il est à remarquer que c'est en parlant d'une province et d'une province grecque ; d'où l'on peut conclure que, du temps du célèbre orateur, elle n'était, sans doute, pas encore employée à Rome. (Demangeat, *Cours élém. de dr. romain*, t. II, p. 609, 3^e édit.) Elle était certainement en usage en Italie du temps de Gaius, car ce jurisconsulte donna un commentaire des hypothèques. Il est probable que l'empereur Adrien en parlait déjà dans l'Édit perpétuel, plusieurs textes du titre *de pignoris et hypo.*, étant empruntés à des commentaires sur cet édit. (Accarias, *Précis*, note 2, sous le n° 284, t. I, p. 694, 3^e édit.). C'est donc, selon toute vraisemblance, au commencement du 2^e siècle de notre ère que l'hypothèque apparut à Rome. L'admission par le préteur des pactes et stipulations comme mode d'établissement de droits équivalents à des servitudes doit remonter à une époque bien antérieure. Les besoins auxquels cette institution nouvelle se proposait de donner satisfaction se sont fait sentir du jour où les Romains se répandirent dans les provinces. Elle dut en conséquence se développer à partir du 6^e ou du 7^e siècle de la fondation de Rome (Van Vetter, *Cours élém. de dr. romain*, t. I, § 140-B, p. 489.) Elle aurait donc précédé de trois cents ans environ l'introduction de l'hypothèque en Italie. S'il en est ainsi, on ne peut arguer de ce qui se passait au cas d'hypothèque pour en conclure que le préteur ne reculait pas, lorsqu'il permit de constituer les servitudes, par les pactes et stipulations, devant l'idée de faire établir un droit réel par simple convention.

Si le pacte est impuissant à faire naître la servitude, la stipulation pourra-t-elle lui donner le jour? Pas davantage. La stipulation n'a jamais créé qu'une obligation (1). Or, une obligation civile ne peut pas faire acquérir un droit de servitude. Le jurisconsulte Paul nous en avertit en ces termes : « *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum....* » (2).

Rien n'indique que les pactes et stipulations, c'est-à-dire le droit des obligations, aient été modifiés sur le sol provincial. Le mode détourné d'établissement des servitudes usité dans les provinces demeura en usage après l'admission de la quasi-possession et de la quasi-tradition ; mais le droit qu'il produisait conserva, bien entendu, sa nature primitive.

La législation en vigueur à l'époque classique nous est suffisamment connue ; nous pouvons clore ici la période du droit prétorien, et renvoyer au début de notre étude sur le droit de Justinien l'explication des autres textes dont on a argumenté dans l'une ou l'autre des doctrines opposées.

(1) *Aut enim re contrahitur obligatio, aut verbis, aut litteris, aut consensu....* (Gaius, *Com.*, III, § 89);..... *Obligationes contrahuntur aut verbis aut consensu.* (Gaius, I, 1, § 1, *Dig.*, *De obliga. et actio.*, XLIV, 7.)

(2) L. 3 *pr. eod. tit.*

SECTION III.

**Des modes d'établissement du droit
de Justinien.**

§ 1.

DES PACTES ET STIPULATIONS (*Suite*).

Si l'on se place à l'époque de Justinien, la discussion sur les effets des pactes et stipulations recommence avec une nouvelle intensité. Les partisans de la doctrine que nous combattons accumulent à l'envi les textes pour fortifier leur théorie. Abordons immédiatement le principal de leurs arguments, celui qui sert de base à tout l'édifice élevé laborieusement par ces auteurs pour battre en brèche la doctrine traditionnelle, il est puisé dans les Institutes. Au § 4, liv. II, tit. III de son ouvrage, Justinien s'exprime ainsi : « *Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet.* »

En présence d'un texte aussi clair, comment peut-on soutenir, disent nos adversaires, que les pactes et stipulations ne sont pas un véritable mode de constitution des servitudes ? Sous Justinien, la distinction entre les fonds provinciaux et les fonds italiques, n'existait plus ; il était tout naturel qu'il étendit à ces derniers le mode de constitution des servitudes usité dans les provinces. Cela était même indispensable, ajoute-t-on, parce que, c'était le seul mode d'acquisition entre vifs encore applicable, au moins en ce qui concernait les servitudes négatives. Les actes solennels comme la *cessio in jure* et la *mancipatio* avaient,

en effet, disparu avec la distinction entre le domaine quiritaire et le domaine bonitaire (1), et avec la différence entre les *res Mancipi* et les *res nec Mancipi*. C'est pour bien manifester son intention de maintenir le droit antérieur, en usage dans les provinces, et même de l'étendre à tout l'empire que Justinien insère le § 4 dans son manuel.

Cette argumentation ne nous semble pourtant pas bien difficile à écarter; on part de cette idée que, sous Justinien, il n'y a plus, *jure civili*, aucun procédé permettant d'acquérir les servitudes par acte entre vifs, et l'on en conclut que les pactes et stipulations étaient nécessaires pour combler cette lacune. La déduction doit tomber, le point de départ du système étant erroné; sous Justinien, en effet, il existe un autre mode d'acquisition entre vifs, c'est la quasi-tradition. Et ce mode, nous ne tarderons pas à le démontrer, était applicable même aux servitudes négatives. On ne comprendrait pas que les pactes et stipulations aient revêtu un caractère nouveau à cette époque, alors que la quasi-tradition était certainement admise; le besoin d'un procédé créateur d'un droit réel ne se faisait plus sentir. L'insertion aux Institutes de la phrase rapportée ci-dessus est le résultat d'une inadvertance des commissaires de Justinien (2); voyant au § 31 du commentaire II de Gaius, trois modes de constitution des servitudes dont deux, la mancipation et l'*in jure cessio*, avaient disparu, ils ont reproduit purement et simplement la partie du texte qui se référait au troisième, à savoir les pactes et stipulations; et cela d'autant plus volontiers que

(1) *Loi uni.*, Co. *De nud. jur. Quirit.*, VII, 25.

(2) Accarias, *Précis*, n° 278 *in fine*, t. I, p. 674, 3^e édit.; Van Vetter, *Cours élém. de dr. romain*, t. I, § 140-4^e, p. 491.

le sol provincial pour lequel ce mode avait été primitivement créé, ne se distinguait plus du sol italique. Que le procédé en question pût s'appliquer sur tout le territoire de l'empire après la disparition de cette distinction, nous le reconnaissons aisément. Mais avec quel effet? C'est là le point controversé, et nous ne saurions admettre que Justinien, par cette simple mention, ait entendu lui attribuer l'effet de la quasi-tradition. Les pactes et stipulations peuvent, comme autrefois, servir à établir par un moyen détourné un droit analogue à une servitude, en imposant l'obligation de payer, en cas d'inexécution de la convention, une certaine somme stipulée à titre de peine. Mais c'est là tout. Si Justinien eût entendu renverser d'une manière si complète les principes antérieurement reçus, comment croire qu'il se fût contenté de deux simples lignes aux Institutes? Il nous eût laissé une de ces constitutions verbeuses, dont il est si prodigue d'ordinaire, les fragments des Pandectes qui ont trait à la constitution des servitudes porteraient des traces de remaniement. Bien au contraire, nous voyons cet empereur reproduire dans son Code ou laisser insérer au Digeste, par ses compilateurs, la plupart des textes qui vont nous servir à confirmer notre opinion, et qui prouvent sans conteste le maintien des principes anciens. Nous nous bornerons à énumérer les plus saillants. Nous ne reviendrons pas sur la loi 20 au Code, *De Pactis*, II, 3, qui nous a fourni un argument décisif dans la période du droit prétorien. Il nous suffira de faire remarquer que c'est au Code de Justinien que nous l'avons empruntée; elle est donc encore en pleine vigueur. Le droit des obligations n'a pas varié, il est toujours tel que nous l'a dépeint le jurisconsulte Paul à la loi 3, au Dig., XLIV, 7. Si les pactes et stipulations con-

tinuent à subsister, bien que n'engendrant qu'un droit purement personnel, cela tient à la force de l'habitude et aux services qu'ils avaient rendus. Cette persistance est une preuve évidente que ce mode d'établissement des servitudes n'était pas aussi défectueux qu'on semble le croire. Par suite, on s'explique très bien qu'il ait pu suffire pendant assez longtemps aux besoins des fonds provinciaux.

Voulait-on acquérir la servitude comme droit réel? Il n'était plus nécessaire d'avoir recours à un pacte accompagné d'une *stipulatio pœnæ*; la stipulation contenant promesse de constituer la servitude suffisait à créer un rapport obligatoire entre les parties, rapport que la quasi-tradition venait ensuite transformer en droit réel.

Ce qui nous confirme dans l'opinion que les pactes et stipulations à eux seuls étaient impuissants à créer une véritable servitude, c'est que nous voyons reparaître ce mode de constitution dans des circonstances où il est impossible de croire qu'il y eût, aux yeux des Romains, un droit réel établi. Un propriétaire, qui a une servitude de conduite d'eau sur les héritages de différentes personnes, veut concéder un droit de puisage sur son aqueduc, soit à l'une de ces personnes, soit à l'un des voisins. Il pourra y parvenir par les pactes et stipulations, nous dit Africain : « *Per plurium prædia aquam ducis, quoquo modo impossita servitude : nisi pactum, vel stipulatio etiam de hoc subsequuta est : neque eorum cuivis, neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere : pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum prædium ipsum sibi servire, neque servitutis fructus constitui potest* (1). » Le droit concédé ainsi par le propriétaire du

(1) L. 33 § 1, Dig., *De servi. prædio. rusti.*, VIII, 3.

fonds servant n'était certainement pas une servitude véritable, les principes généraux s'y opposaient. En effet le droit de puiser de l'eau à la conduite ne pouvait être établi ni en faveur des propriétaires du fonds servant *quia nemini res sua servit*, ni au profit d'un tiers *quia servitus servitutis esse non potest*. Ce qui était établi par les pactes et stipulations, ce n'était pas une servitude, mais quelque chose d'approchant ; c'est-à-dire une obligation qui sanctionnée par une clause pénale arrivait à peu près au même résultat. C'est ce que nous n'avons jamais cessé de soutenir.

Dans la loi 13 *prin.*, au Dig., *Commun. præd.*, VIII, 4, Ulpien prévoit une hypothèse analogue, qui pourrait nous fournir un argument du même genre.

La loi 35 au Dig., *De servit. præd. urba.*, VIII, 2, suppose un pacte inséré dans une vente par lequel le propriétaire de deux maisons qui en aliène une se réserve sur elle un droit de servitude au profit de celle qu'il garde. La servitude est-elle constituée? Nullement. Marcien nous dit que si, lors de la tradition, le propriétaire n'a pas renouvelé le pacte précédemment intervenu, il n'a qu'une action personnelle, née du contrat.

Comment expliquer dans la théorie de nos adversaires la présence au Digeste de ce texte et d'un grand nombre d'autres qui impliquent la nécessité de la quasi-tradition? On a prétendu que la quasi-tradition, dont il est fait mention dans tant de passages, avait conservé son utilité, en ce sens qu'elle était nécessaire pour faire avoir à l'acquéreur de la servitude l'action publicienne. Cette réponse nous est fournie par M. Schmidtlein, élève de M. de Savigny, mais elle se retourne contre son auteur. La publicienne ne dépend nullement de la quasi-tradition; nous la voyons souvent intentée par une personne qui n'a pas reçu livraison de la

chose. C'est ce qui a lieu, par exemple, dans le cas d'un legs *per vindicationem*, qui fait acquérir la propriété au légataire sans tradition (1). Si, entre vifs, la quasi-tradition donnait seule l'action publicienne en matière de servitudes, c'est que cette quasi-tradition était nécessaire à l'établissement volontaire de ce droit réel.

M. Francke, professeur à Göttingue, fait encore très justement remarquer en combattant la doctrine allemande, que l'on trouve au Digeste divers textes où il est dit qu'une servitude promise par stipulation n'existe pas encore et que le débiteur peut être poursuivi en exécution de son obligation. Mentionnons seulement la loi 136 § 1 au Dig., *De verbo. obliga.*, XLV, 1 : « *Si quis viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, postea fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit ; evanescit stipulatio.* » Paul oppose la servitude constituée à la servitude stipulée ; cette dernière n'existe pas encore. Que manque-t-il pour sa constitution, si ce n'est la quasi-tradition ? Nous renvoyons dans le même ordre d'idées à la loi 11 au Dig., *De serv.*, VIII, 1, comparée avec la loi 140 § 2 au Dig., *De verborum obligationibus*, XLV, 1.

Nos adversaires sentant bien que leur cause est désespérée, s'ils ne peuvent réduire à néant ce dernier argument, apportent tous leurs soins à le réfuter. Il faut se garder de confondre, disent-ils, la stipulation *per te non fieri quo minus mihi ire agere liceat*, c'est-à-dire la stipulation qui suit immédiatement les pactes et stipulations par lesquels on constitue la servitude, et la stipulation *servitutem dari* par laquelle les parties ont simplement entendu s'engager à en constituer une à l'avenir (2). Dans cette der-

(1) L. 12, § 1, Dig., *De publi. in rem actione*, VI, 2. Cf. lois 11, § 2 et l. 15, *eodem titulo*.

(2) Puchta, *Institutionem*, § 256, note u, t. II, p. 289, 9^e édit.

nière hypothèse le droit réel, cela est évident, ne sera pas acquis de suite; la servitude ne sera constituée que par la *datio* promise, et elle pourra l'être par une tradition. C'est précisément, assure-t-on, cette expression *servitutem dari* qui est visée au Dig., dans les lois 11, de *Serv.*, VIII, 1; 3, de *Obli. et act.*, XLIV, 7; 136 § 1, de *Verb. oblig.*, XLV, 1; et dans tous les textes du même genre. Ils n'ont donc aucun rapport avec la constitution des servitudes par convention.

Ces efforts ne parviennent pas à écarter l'argument tiré en notre faveur des différentes lois ci-dessus rappelées. Si une stipulation pouvait tantôt établir directement la servitude, tantôt ne créer que l'obligation de la constituer, les sources feraient mention d'une distinction aussi importante. Et cependant où sont les textes qui la signalent? S'il en existe, nous ne les connaissons pas.

Voyons maintenant si les divers fragments invoqués dans l'opinion opposée ont un poids égal à ceux que nous venons de passer en revue.

Outre le § 31 du commentaire II de Gaius et le § 4 aux *Insti.*, *De servi.*, liv. II, tit. 4, dont nous avons précisé le véritable sens, les auteurs que nous combattons citent comme favorables à leur opinion les lois 27 § 4 au Dig., *De usuf. et quemad.*, VII, 1; 33 *pr.* au Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3; 4 au Code, *De usufructu*, III, 33; 11 *prin.* au Dig., *Quemadmodum servi. amit.*, VIII, 6. Nous ne pouvons entrer dans l'examen de tous ces textes; ils ne nous semblent pas de nature à contrebalancer l'argument que nous avons tiré de la loi 20 au Code, *De pactis*. Aussi nous bornerons-nous à expliquer les deux premiers.

La loi 27 § 4, au Dig., *De usuf. et quemadmodum*, est l'un des textes sur lesquels on a tout spécialement insisté. Elle est ainsi conçue : « *Si qua servitus imposita est fundo,*

necesse habebit fructuarius sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum. » Une servitude a été constituée sur un fonds par simple stipulation ; l'usufruitier de ce fonds, nous dit le texte, est obligé de la respecter, ce qui semble bien impliquer qu'elle existe comme droit réel. L'objection est spécieuse, mais ne nous semble pas péremptoire. Les termes, dont se sert dans ce fragment le jurisconsulte Ulpien, peuvent laisser croire que la décision qu'il nous donne n'était pas généralement reçue ; elle n'est d'ailleurs que l'application d'un principe fondamental en matière d'usufruit, à savoir que l'usufruitier doit jouir de la chose selon sa destination, *boni viri arbitratu*, comme l'aurait fait le propriétaire lui-même. Il est soumis à toutes les obligations même purement personnelles qui incomberaient à celui-ci, le § 3 qui précède prend soin de nous en avertir. Il met à la charge de l'usufruitier le paiement des impôts de toute espèce afférant à sa jouissance, tels que l'obligation de contribuer au curage ou nettoyage des égouts, ou d'un aqueduc qui traverse la terre, de participer à l'entretien des voies publiques, de vendre à bas prix une partie de ses récoltes au corps de ville, de fournir des fruits lors du passage d'une armée et enfin d'acquitter les redevances dues au fisc. Cette règle se trouve exprimée d'une façon plus formelle encore, s'il est possible, au § 5, qui suit immédiatement ce § 4, dont s'arment nos adversaires. L'usufruitier, nous dit Ulpien, doit respecter les conditions sous lesquelles a été vendu l'esclave dont il a l'usufruit ; si le testateur en l'achetant s'était engagé à ne pas le conduire dans certains lieux, l'usufruitier ne peut l'y transporter, sans quoi sa jouissance ne serait plus celle d'un bon père de famille.

Venons-en à la loi 33 *prin.*, *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3. Le § 1 de cette loi a servi de base à l'un de nos arguments. On prétend que son *principium* pourrait en fournir un en sens contraire. Voici les termes de ce *principium* : « *Cum essent mihi et tibi fundi duo communes, Titianus, et Sejanus, et in divisione convenisset ut mihi Titianus, tibi Seianus cederet : invicem partes eorum tradidimus, et in tradendo dictum est : ut alteri per alterum aquam ducere liceret : recte esse servitutem impositam ait ; maxime si pacto stipulatio subdita sit.* » Il traite d'une servitude d'aqueduc constituée par un simple pacte contenu dans les paroles *ut alteri per alterum aquam ducere liceret*, prononcées lors de la tradition réciproque faite par chacun de sa part indivise dans l'autre fonds, qui devient ainsi la propriété exclusive de son ancien associé. Mais cette tradition n'a eu pour effet qu'un transport de propriété, et c'est la convention, le pacte qui a constitué la servitude. L'observation finale *maxime si pacto stipulatio subdita sit*, nous prouve bien que c'est par le pacte lui-même que la servitude est constituée et non par la stipulation. Tel est le sens donné à ce texte par M. Warnkœnig dans la dissertation que nous avons déjà eu l'occasion de citer plus haut (1). Nous croyons que bien loin de servir d'appui à la doctrine opposée, ce texte, sainement interprété, combat au contraire pour nous. Il y a une servitude établie par un pacte, mais par un pacte suivi d'une tradition. M. Warnkœnig affirme que c'est le pacte qui constitue la servitude et que la tradition n'a aucun effet à son égard ; c'est là une allégation toute gratuite. Nous croyons, au contraire, que c'est la tradition qui constitue la servi-

(1) *Themis*, t. X, p. 60.

tude, ce qui est tout à fait conforme au texte, puisque Africain nous indiquant le moment où il faudra faire mention de la servitude, nous dit que c'est *in tradendo*. Comment comprendre d'ailleurs que ce jurisconsulte reconnaisse, dans le *principium* de cette loi, aux pactes et stipulations le pouvoir de constituer une servitude par eux-mêmes, et immédiatement après, au § 1, vienne nous dire qu'ils ne produisent qu'une obligation ainsi que nous l'avons démontré aux pages 163 et suivantes?

Pour terminer cette discussion déjà longue, nous examinerons une dernière objection qui porte surtout sur l'établissement des servitudes négatives. Elle est due à M. Maynz (1). Il est impossible, nous dit-on, de concevoir la quasi-tradition d'un droit reposant sur un fait négatif comme est l'obligation de ne pas bâtir dans la servitude *non altius tollendi*. Il faut donc, si on veut établir des servitudes de ce genre, avoir recours aux pactes et stipulations.

Cette objection a vivement impressionné quelques-uns des partisans de notre système, MM. Francke, Zimmermann et de Vangerow; aussi ont-ils été amenés à établir une distinction entre les servitudes positives et les servitudes négatives. Pour l'établissement des premières, ils ont maintenu la nécessité de la quasi-tradition; mais ils ont reconnu que dans l'hypothèse d'une servitude négative, un droit réel résultait des pactes et stipulations, puisque c'était là le seul mode de constitution volontaire et entre vifs encore en usage. Cette concession, qui est devenue le point de départ du troisième système ou système mixte, est-elle nécessaire? Nous ne le croyons pas. En traitant de la quasi-tradition, nous nous sommes tout

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 140, p. 844 et s. 4^e édition.

spécialement demandé si les servitudes négatives étaient susceptibles de quasi-possession. Nous avons résolu affirmativement cette question et nous avons vu que pour la servitude *non altius tollendi*, cette quasi-possession consistait dans l'abstention du propriétaire qui ne bâtit pas, lorsque cette abstention repose sur une nécessité juridique, c'est-à-dire lui est imposée par un titre antérieur, que ce titre soit, d'ailleurs, un testament ou même une convention préalablement intervenue.

Mais si le fait juridique antérieur, qui justifie l'abstention du propriétaire du fonds servant, peut être une convention, n'est-on pas en droit de dire que ce sera, en réalité, cette convention qui créera la servitude négative, d'où le système mixte serait seul fondé? C'est la quasi-tradition et non pas la convention, répondrons-nous, qui établit la servitude comme droit réel, mais comme l'une et l'autre s'opèrent en même temps, nous comprenons sans peine qu'on n'ait pas toujours fait la distinction délicate qui nous semble ici commandée. Deux choses sont nécessaires à l'acquisition de la servitude comme droit réel : la convention d'une part, la quasi-tradition de l'autre. Cette dernière ne saurait se concevoir que si les servitudes négatives sont susceptibles de quasi-possession. Cette quasi-possession repose sur l'inaction du propriétaire du fonds servant jointe à la convention qui le force à s'abstenir. L'une quelconque de ces conditions fait-elle défaut? Pas de quasi-possession possible, par suite pas de quasi-tradition. Se trouvent-elles, au contraire, réunies? La quasi-tradition sera réputée faite aussitôt, l'inaction du propriétaire valant quasi-tradition tacite. La convention et l'abstention de ce propriétaire jouent donc l'une et l'autre un double rôle ; la première est à la fois un des éléments générateurs

de la servitude et une des conditions indispensables à l'existence de la quasi-possession ; la seconde sert en même temps à rendre possible cette quasi-possession et tient lieu de quasi-tradition, c'est-à-dire remplace le deuxième élément créateur de la servitude. Le résultat, somme toute, ne diffère pas sensiblement de celui auquel sont conduits MM. Francke, Zimmern et de Vangerow. Il faut bien reconnaître, nous disent ces auteurs, que les pactes et stipulations suffisent à eux seuls à établir les servitudes négatives comme droits réels, sous peine de nier l'existence de ces servitudes, puisqu'elles ne peuvent faire l'objet d'une quasi-possession. Nous les en déclarons, quant à nous, parfaitement susceptibles, mais la quasi-possession consistant pour elles dans l'inaction du propriétaire du fonds servant jointe à la convention, et la quasi-tradition s'opérant tacitement, dès que ces deux conditions se trouvent réunies, les trois choses auront lieu en même temps, au moment de la convention, et aussitôt cette convention intervenue, la servitude se trouvera constituée comme droit réel. Les partisans du système mixte, voyant seulement le résultat sans analyser avec grande attention ce qui se passe, ont cru que c'était la convention elle-même qui créait la servitude négative. Ce qui les a amenés à établir entre les servitudes négatives et celles affirmatives une distinction qui n'était pas nécessaire et dont on ne trouve aucune trace dans les textes, prouve qu'elle n'a jamais existé.

Si la quasi-possession et la quasi-tradition peuvent s'appliquer aux servitudes négatives, grâce au procédé que nous venons d'indiquer, on aura recours à la quasi-tradition lorsqu'on désirera les établir comme droits réels, ainsi que cela a lieu pour les servitudes affirmatives ; il

n'y a plus aucune raison dès lors d'attribuer à leur égard un effet spécial aux pactes et stipulations.

Tenons donc qu'à l'époque de Justinien, comme dans le droit classique, les pactes et stipulations n'eurent jamais pour effet que d'engendrer des obligations. La quasi-tradition fut toujours indispensable pour créer un droit réel de servitude par *translatio*, sans qu'il y eût à distinguer entre les servitudes affirmatives et les servitudes négatives. En sens inverse, si l'on se place dans l'hypothèse où la servitude est établie *per deductionem*, c'est-à-dire au cas où un propriétaire en vendant son fonds se réserve sur ce fonds un droit de servitude, il n'est pas douteux que cette *deductio* pouvait résulter d'un pacte, d'une simple convention. C'est qu'ici en réalité le constituant n'aliène pas sa propriété dans son entier, il en conserve une partie. Or, on ne peut faire tradition d'une chose que l'on retient par devers soi. Nous sommes ici en présence d'un cas exceptionnel, qui tient à la force même des choses et qui ne suffit pas pour faire fléchir le principe. Et par là nous répondons à une autre objection que nous adresse M. Maynz (1).

§ 2.

AUTRES MODES DE CONSTITUTION DES SERVITUDES SOUS JUSTINIEN.

Les réformes de Justinien consistèrent ici comme ailleurs à élaguer, dit M. Accarias, ce qui avait vieilli et à fondre en un seul tout ce qu'il y avait de vraiment vivant dans les deux législations jusque-là coexistantes. La mancipa-

(1) Maynz, *Cours de droit romain*, t. I, § 140 *in fine*, p. 845.

tion avait disparu avec la division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* ; l'*in jure cessio*, de son côté, était tombée en désuétude, mais la quasi-tradition la remplaçait avantageusement pour la constitution des servitudes. On ne distinguait plus entre les fonds provinciaux et les fonds italiques, entre la propriété bonitaire et le *dominium ex jure Quiritium*.

Les modes qui subsistent sont les suivants :

1^o La quasi-tradition, qui est maintenant le mode le plus fréquemment employé pour constituer une servitude, soit par *deductio* soit par *translatio*.

De plus, dans la tradition d'un fonds, il peut encore y avoir *deductio servitutis*.

2^o L'*adjudicatio*, et il n'y a plus lieu de distinguer si le *judicium* est *legitimum* ou non.

3^o Les legs, quelle que soit la formule employée par le testateur. La loi 1 au Code, *Communia de leg.*, VI, 43, est venue assimiler, quant à leurs effets, les quatre espèces de legs du droit classique. Justinien a sans doute voulu faire allusion à cette réforme quand il nous dit aux Instit., liv. II, tit. III, § 4 : « *Potest etiam in testamento quis heredem suum damnare ne altius tollat ædes suas.* » Il est remarquable que ce paragraphe est copié dans Gaius (1). Il se référait déjà certainement dans la pensée du jurisconsulte à un legs *per damnationem* qui, à son époque, était impuissant à constituer la servitude *ipsô jure*. Tout ce qu'il pouvait faire, c'était d'imposer à l'héritier l'obligation de la constituer par un des modes du droit romain.

4^o La quasi-possession *longi temporis*, qui permet maintenant d'acquérir les servitudes *jure civili* dans toute

(1) L. 16, Dig., *Gom. præd.*, VIII, 4.

l'étendue de l'empire. Toutefois le quasi-possesseur de la servitude devait l'avoir exercée comme un droit lui appartenant « *Servitute usus non videtur, nisi is qui suo jure uti se credidit* (1); et avoir commencé cet exercice d'une manière non vicieuse, dans des circonstances telles qu'il pût se croire en droit de l'exercer, ce qui constituait sa bonne foi. Il devait enfin avoir continué à posséder sans interruption, *nec vi, nec clam, nec precario*, pendant dix ans entre présents ou vingt ans entre absents. Depuis la loi 12 au Code, *De præscrip. longi tempo. decem....* VII, 33, il ne peut plus y avoir de doute sur la durée de ces délais. Les parties sont réputées présentes quand elles ont leur domicile dans la même province, en quelque endroit que se trouve la chose et qu'elle soit réputée corporelle comme le droit de propriété, ou qu'elle soit incorporelle comme l'usufruit et les autres servitudes.

APPENDICE

Des Servitudes tacites et des Servitudes légales.

Les modes d'établissement des servitudes que nous avons étudiés jusqu'ici, sont-ils les seuls? Ne peut-on en constituer par un autre procédé, par la destination du père de famille par exemple? La loi enfin ne peut-elle pas en établir? Telle est la double question à laquelle nous nous proposons de répondre dans cet appendice. Nous le

(1) L. 25, Dig., *Quemad. servi. amit.*, VIII, 6.

diviserons donc en deux paragraphes : Dans le premier nous étudierons ce qu'on entend par servitude tacite. Nous passerons en revue dans le second les principales servitudes imposées par la loi à des personnes déterminées, en leur qualité de propriétaires de tel ou tel fonds. Elles peuvent être considérées à ce titre comme des servitudes prédiales et méritent d'arrêter quelques instants notre attention.

§ 1.

DES SERVITUDES TACITES.

Les Romains admettaient parfois l'existence d'une servitude qui n'avait pas été constituée d'une façon expresse, c'est là ce qu'on appelle une servitude tacite ; une servitude de ce genre n'était regardée comme valable à Rome que lorsqu'elle était nécessaire pour l'exercice d'un autre droit. C'est ce qui ressort de tous les textes où nous voyons une servitude résultant d'une convention tacite.

Ainsi la loi 3 § 1, Dig., *De serv. præd. rusti.*, VIII, 3, nous dit : *Qui habet haustum, iter quoque videtur ad hauriendum.* » Quel avantage, en effet, pourrait-on retirer d'un droit de puisage à une fontaine située au milieu d'un fonds, sans une servitude de passage qui permette d'arriver à cette fontaine ? Le droit de puisage implique nécessairement le droit de passage dans ce cas.

De même la loi 23 § 3, au Dig., *De servi. præd. rusti.*, VIII, 3, suppose qu'un fonds dominant vient à être partagé entre plusieurs communistes. Ceux des copartageants dont les lots seront éloignés du fonds servant posséderont sur

les parts qui les en séparent, une servitude de passage pour leur permettre d'exercer leur droit.

Enfin, Marcellus nous donne deux solutions du même genre au sujet du legs d'usufruit dans les lois 15 § 1, au Dig., *De usu et usuf.*, XXXIII, 2; et 10, *De servi. præd. urba.*, VIII, 2. Le premier de ces textes suppose qu'un testateur a légué l'usufruit d'un fonds à une personne et la pleine propriété d'un autre fonds à une autre personne. Si ce dernier fonds peut seul donner accès au premier, le légataire ne pourra le revendiquer qu'après avoir concédé à l'usufruitier le droit de passage : *ut hæc forma in agris servetur, quæ vivo testatore obtinuerit.* » La loi 10 au Dig., *De servi. præd. urba.*, se place dans une hypothèse voisine de celle-ci, la seule différence, c'est que le fonds nécessairement soumis au droit de passage au profit de l'usufruitier est resté entre les mains de l'héritier. Si le legs est fait par le propriétaire de deux maisons et porte sur l'une d'elles qui jouissait d'un jour, l'héritier peut masquer presque totalement ce jour en élevant l'autre; tout ce qu'on exige de lui, c'est qu'il ne rende pas la maison léguée tout-à-fait inhabitable faute de jour, il doit en laisser *quantum sufficit habitantibus*. Mais il n'a nullement à s'occuper de la commodité du légataire. Ces textes justifient la remarque que nous avons faite au début, que l'existence d'une servitude tacite ne se fonde que sur la nécessité.

Une servitude ne pouvait donc jamais être établie en droit romain, par destination du père de famille contrairement à ce qui se passe en droit français. On ne tenait alors aucun compte de l'état des lieux au moment de la séparation des deux héritages. Si un propriétaire, après avoir réuni entre ses mains deux fonds entre lesquels

existait une servitude et avoir maintenu pendant toute sa jouissance le même rapport entre ces héritages, vient à vendre celui d'entre eux qui jouait le rôle de fonds servant, la servitude éteinte par confusion ne renaîtra pas *ipso jure*. Il lui faudra, s'il veut que le fonds resté entre ses mains continue à bénéficier du service que lui rendait l'autre fonds, constituer expressément une servitude. Cette solution, qui est précisément inverse de celle que donnerait notre Code civil, nous est fournie par Paul à la loi 30, au Dig., *De servi. præd. urba.*, VIII, 2 : « *Si quis ædes quæ suis ædibus servirent, cum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est, et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est : alioquin liberæ veniunt.* » Ainsi un vendeur peut dans l'acte d'aliénation constituer n'importe quelle servitude au profit du fonds qu'il garde : « *Itinera sub exceptione nominari in emptionibus solent,* » nous dit Sículus Flaccus (1). Mais il faut que le propriétaire ait soin d'exprimer formellement son intention de constituer cette servitude, sinon le fonds vendu conserverait son état de liberté naturelle.

Cette nécessité d'une stipulation expresse et spéciale de la servitude est exigée d'une façon tout aussi certaine par le jurisconsulte Ulpien en ces termes : « *Quiquid venditor, servitutis nomine, sibi recipere vult, nominatim recipi oportet* (2). »

(1) Sículus Flaccus, *De condi. agro.*, dans Gœsius, *Rei agrariæ auctores legesque variæ*, p. 10. — Edit. d'Amsterdam, 1674.

(2) Loi 10, Dig., *Commu. præd.*, VIII, 4. Voir dans le même ordre d'idées la loi 1, au Dig., *De servi. leg.*, XXXIII, 3.

§ 2

DES SERVITUDES LÉGALES.

Les servitudes légales, à Rome comme dans notre législation, ne sont pas de véritables servitudes. Une servitude constitue une dérogation particulière au droit commun de la propriété, en principe elle est libre. Le fait pour un fonds d'être assujéti à un autre est aussi exceptionnel pour les biens que la situation de débiteur pour les personnes. Or les servitudes légales ne sont pas des dérogations au droit commun. Tous les fonds qui se trouvent dans les conditions prescrites par les lois que nous allons signaler sont soumis aux règles qu'elles établissent. Ces lois ne contiennent donc, en réalité, que la réglementation du droit de propriété. Telle est la raison pour laquelle nous avons cru devoir renvoyer à la fin de notre travail l'examen des servitudes légales, et le désir de ne rien omettre nous a seul déterminé à les mentionner.

La plupart des auteurs qui traitent des servitudes légales comprennent, sous ce nom, les restrictions assez nombreuses apportées par le législateur au libre usage de la propriété immobilière, soit dans un but d'utilité publique, soit dans un intérêt de bon voisinage.

Au nombre des servitudes légales ayant pour objet l'utilité publique on peut citer en premier lieu : la charge, imposée aux riverains des cours d'eaux publics, de tolérer le passage pour le service de la navigation, de permettre aux bateliers d'amarrer leurs barques aux arbres du rivage et de décharger leurs marchandises sur les rives, enfin

d'autoriser les pêcheurs à y faire sécher leurs filets (1). Cette servitude correspond à la servitude de marchepied dont se trouvent grevés en vertu de l'art. 650 du Code civil les héritages riverains des cours d'eau navigables.

A côté de cette servitude de marchepied figurent, à Rome comme chez nous, un certain nombre de servitudes ayant pour objet la construction ou la réparation des chemins ou autres ouvrages publics tels que les canaux. Les Romains divisaient leurs chemins en plusieurs catégories : ils distinguaient les *viæ publicæ* et *regales* construites par le gouvernement et pour lesquelles on n'exigeait des possesseurs des fonds voisins qu'une redevance pécuniaire, et les *viæ vicinales*, sortes de chemins vicinaux fréquentés seulement par les habitants des villages voisins. Aussi était-ce à ces habitants qu'incombait la charge de les construire sous la surveillance de leurs magistrats. On pourvoyait à leur entretien au moyen de prestations en nature analogues à celles encore en usage de nos jours (2). Les habitants des villes avaient à supporter des charges du

(1) L. 6 pr., Dig., *De divisione rerum*, I, 8; Inst., *eod tit.*, liv. II, tit. I, § 4 et 5.

(2) « *Viarum omnium non est una et eadem conditio. Nam sunt viæ publicæ regalesque, quæ publice muniuntur, et auctorum nomina obtinent : nam et curatores accipiunt et per redemptores muniuntur. In quarumdam tutelam a possessoribus per tempora summa certa exigitur. Vicum autem viæ de publicis quæ divertuntur in agros, et sæpe ad alteros publicos perveniunt ; aliter muniuntur per pagos, id est per magistratos pagorum qui operas a possessoribus ad eas tuendas exigere soliti sunt, aut, ut comperimus, unicuique possessori per singulos agros certa spatia assignantur, quæ suis impensis tuentur, etiam titulos finitis spatiis positos habent, qui indicent cujus agri, quis dominus, quod spatium tueatur » Siculus Flaccus, *De conditi agro*. (Dans Gœsius, *Rei agrariæ auctores legesque variæ*, p. 9. — Edit. Amsterdam, 1674 ; ou dans Lachmann, *Gromatici veteres*..., p. 146. — Edit. Berlin, 1848.)*

même genre. Chaque riverain d'une voie publique devait construire cette voie devant sa maison (1) ; il était tenu de plus au nettoyage des aqueducs à ciel ouvert : « *Construat autem vias publicas unusquisque secundum propriam domum ; et aquæductus purget qui sub dio sunt (id est cælo libero)* » (2).

Quand il s'agissait de réparations à faire aux aqueducs et conduits souterrains qui amenaient les eaux à Rome, on n'avait plus recours aux particuliers pour exécuter les travaux, mais on imposait aux citoyens, dont les héritages étaient traversés par ces aqueducs, l'obligation de laisser passer sur leur terrain les entrepreneurs chargés des réparations, et on les forçait à leur fournir, moyennant indemnité, la pierre, l'argile, le sable, le bois et les autres matériaux dont ils pouvaient avoir besoin. Il y avait là une espèce d'expropriation pour cause d'utilité publique dont l'existence nous est attestée par un sénatus-consulte de l'an 743 (3). Il ressort de ce sénatus-consulte que le bon fonc-

(1) M. Serrigny, dans son *Traité de droit public administratif romain*, t. I, n° 574, p. 461, fait remonter à cette disposition la coutume conservée dans plusieurs villes françaises de mettre à la charge des riverains les frais soit de la construction soit de l'entretien du pavé. Notre législation d'ailleurs a consacré ces usages locaux. V. l. 11 frimaire an VII, art. 4 ; Cf. Avis du Cons. d'Etat du 25 mars 1807, Bulletin des lois, IV, 140, n° 2270. (Collection L. Rondonneau, t. 10, 2^e partie, p. 589. — Edit. Paris, 1819.)

(2) Loi unic., § 3, Dig., *De via publica et si quid*, XLIII, 10. Voir aussi Tables d'Héraclée, § 20 et s., dans Haubold, *Antiquitatis romanæ monumenta legalia*, p. 104 et s. — Edit. Berlin, 1830.

(3). *Quod. Q. Ælius Tubero. Paulus. Fabius. Maximus. Coss. V. F. de rivis. specubus. fornibusque Juliæ. Martiæ. Appiæ. Tepulæ. Anionis reficiendis. Q. D. E. R. F. P. D. E. R. I. C. uti. cum. ii. rivi. fornices. quos. Augustus. Cæsar. se. refecturum. impensa. sua. pollicitus. senatui. est. reficerentur. Ea. agris. privatorum. terram. limum. lapidem. testam. arenam. ligna. cæteraque. quibus. ad. eam. rem. opus. esset. unde. quæque. eorum. proxime. sine. injuria. privatorum. tolli. sumi. portari. possint. viri. boni. arbitratu. æstimata.*

tionnement des aqueducs destinés à approvisionner d'eau la ville de Rome était l'objet de toute la sollicitude du législateur ; beaucoup d'autres décisions furent rendues dans le même but.

Nous trouvons d'abord des dispositions pénales qui punissent très sévèrement ceux qui se permettent d'irriguer leurs champs avec des eaux publiques. Ces champs sont confisqués ainsi que les esclaves qu'on a pu employer à détourner les eaux publiques ; la privation de ces esclaves équivaldra pour le propriétaire à une amende : « *Agri vero, qui aqua publica contra legem essent irrigati, publicabantur. Mancipiorum etiam, si cum in eo, qui adversus legem fecissent mulcta dicebatur...* (1). » Une loi *Quinctia* (2) prononçait une amende de dix mille sesterces contre celui qui avait percé dolosivement les tuyaux ou les réservoirs des eaux publiques, pour conduire ces eaux dans les maisons, les jardins ou les fonds de terre des particuliers, ou contre celui qui avait empêché leur cours d'une manière quelconque. Des fonctionnaires spéciaux désignés sous le nom de *curatores aquarum* étaient chargés de la surveillance du service des eaux. Ces magistrats avaient droit à certains honneurs énumérés dans un sénatus-consulte (3) rendu sous le règne d'Auguste, on les

darentur. tollerentur. sumerentur. exportarentur. et. ad. eas. res. omnes. exportandas. earumque rerum. reficiendarum. causa. quotiens. opus. esset. per. agros. privatorum. sine. injuria. eorum. itinerera. actus. paterent. darentur Senatusconsulte de l'an 743, rapporté dans Giraud, *Rei agrariæ scriptorum reliquiæ*, p. 92. — Paris, 1843.

(1) Fragment d'une loi de *Aquæductu* dont on trouvera le texte dans Giraud, *op. cit.*, p. 88.

(2) Voy. Giraud, *op. cit.*, p. 94. Le texte de cette loi nous est aussi donné par le même auteur dans ses *Vestigia juris romani*, p. 167.

(3) Voy. Giraud, *op. cit.*, p. 89.

assimilait aux magistrats chargés de distribuer du blé à la plèbe. Les curateurs des eaux exerçaient une certaine juridiction, ils étaient appelés notamment à prononcer les amendes à l'occasion des contraventions au règlement sur le service des eaux. Ils devaient veiller à ce qu'il ne fût pas planté d'arbres ou construit de bâtiments dans un certain périmètre autour des aqueducs qui conduisaient des eaux à Rome. Cet espace vide était de quinze pieds de chaque côté des sources ou des voûtes et des murs des réservoirs; il était de cinq pieds seulement quand il s'agissait d'aqueducs à ciel ouvert ou de conduits souterrains en ville ou hors de ville. On avait remarqué que les arbres surtout étaient nuisibles, à raison de leurs racines qui se glissaient dans les parois des murs des aqueducs et créaient des fissures. Cette défense de planter ou de construire dans le périmètre ci-dessus, constituait une servitude légale. Le sénatus-consulte qui la créa chargeait les curateurs des eaux de faire arracher les arbres ou abattre les bâtiments qui ne se trouvaient pas à la distance voulue (1). L'existence de cette servitude nous est encore révélée par un plébiscite de l'an 745 que nous avons déjà cité plus haut sous le nom de loi *Quinctia* (2).

Dans un autre ordre d'idées, on peut encore considérer comme des servitudes légales admises en vue de l'intérêt public, celles qui se proposaient d'assurer l'aération des villes et d'éviter les dangers d'incendie. C'est dans ce double but qu'il était prescrit de laisser entre les constructions une certaine distance connue sous le nom d'*am-*

(1) Voy. Bruns, *Fontes juris romani*, p. 153 et s.

(2) Voy. Giraud, *Rei agræ script.*, p. 95.

bitus (1); elle était de deux pieds et demi. Cette bande de terre paraît avoir été laissée libre à l'origine entre les maisons dans un but religieux (2); elle était alors consacrée au dieu de l'enceinte. Plus tard, quand les croyances religieuses s'affaiblirent, la disposition fut maintenue en vue de prévenir les incendies. Cela est si vrai, que nous voyons cet espace porté à quinze pieds entre les maisons particulières et les édifices publics par une constitution de l'empereur Arcadius rendue après d'épouvantables incendies qui avaient ravagé Constantinople (3). Arcadius s'était seulement occupé du cas où l'une des maisons voisines était un édifice public. Théodose le Jeune maintint la disposition de son prédécesseur à cet égard et fixa à dix pieds l'espace à laisser vide entre deux maisons particulières. Une constitution de l'empereur Zénon l'éleva à douze pieds pour la ville de Constantinople (4). Il était pris par moitié sur le terrain de chaque propriétaire, de sorte qu'on pouvait bâtir à six pieds de la limite de sa propriété, mais il fallait alors s'abstenir de faire des balcons en saillie, car la distance de douze pieds devait exister entre toutes les parties du bâtiment (5).

Cette constitution de l'empereur Zénon indique aussi la distance à laquelle on pourra ouvrir des fenêtres d'aspect

(1) *Ambitus proprie dicitur inter vicinorum ædificia, locus duorum pedum et semipedis, ad circumeundum relictus....* Festus, Verbo *Ambitus*. Cf. l. 14, au Dig., *De servi. præd. urba.*, VIII, 2.

(2) Voy. Fustel de Coulanges, *Cité Antique*, p. 66, 6^e édit. et les auteurs auxquels il renvoie.

(3) L. 9, Co., *De ædifi. priv.*, VIII, 10.

(4) L. 12 § 2 Co., *De ædifi. priva.*, VIII, 10.

(5) *Jubemus, duodecim pedes relinquere intermedios inter utramque domum, incipientes a superposita fundamentis ædificii parte : ædemque observatione perseverante ad summum usque altitudinis culmen...* L. 12 § 2, Code, *eod. tit.*

(*prospectivæ*) ; ce sera à six pieds de la limite du fonds. Dans les murailles construites à une moindre distance, on ne pouvait ouvrir que de simples jours pratiqués à six pieds au-dessus du sol (1). Pour établir des terrasses, il fallait qu'il existât un espace vide de dix pieds entre les propriétés voisines (2). Mais les dispositions de cette loi, relatives tant à la hauteur des édifices qu'à la distance à laquelle il est permis de percer des fenêtres, n'ont trait qu'aux constructions nouvelles élevées, conformément à la loi, à douze pieds des maisons voisines ; il était permis de reconstruire les bâtiments suivant leur ancienne forme, mais à condition de ne pas les élever plus haut qu'auparavant, les fenêtres devaient alors être séparées par un intervalle de dix pieds (3).

Zénon, avons-nous dit, avait réglé la hauteur des édifices ; il faut savoir, en effet, que dans certaines villes tout au moins, on n'était pas libre d'élever les maisons au-delà d'une certaine limite (4) ; c'est là une nouvelle servitude légale qui avait pour but d'empêcher les éboulements. Le maximum d'élévation avait été fixé à Rome à soixante-dix pieds par la loi *Julia* ; Trajan l'avait réduit à soixante pieds, le toit compris (5). A Constantinople, Zénon permit de les élever jusqu'à cent pieds (6). Les diverses

(1) L. 12, § 3, Co., *eod. tit.*

(2) L. 12, § 5, C., *eod. tit.*

(3) L. 12, § 3 *in fine*, Co., *eod. ti.*

(4) L. 1 Co., *De ædif. priv.*, VIII, 10. ; l. 1, § 17, Dig., *De ope. novi. nuntiatione*, XXXIX, 1.

(5) « *Quibus omnibus Trajanus per exquisita remedia plurimum opitulatus est ; statuens ne domorum altitudo sexaginta superaret pedes, ob ruinas faciles.* » Aurélius Victor, *In Trajano, Epitome de Cæsaribus*, chap. XIII *in fine*. Edi. des Deux-Ponts, 1789, p. 174.

(6) « *Insuper cum priore lege cautum sit, centum pedes altas domos combustas instaurare licere.* » L. 12 § 4, Co., *De ædif. priv.*, VIII, 10.

dispositions de la loi 12 au Code, *De ædificiis privatis*, que nous venons d'étudier, n'étaient applicables qu'à la ville de Constantinople, lorsqu'elle fut rendue. Justinien les étendit à toutes les villes de l'empire romain par la loi 13 au Code, *De ædifi. priva.*, VIII, 10.

Avant d'abandonner complètement la constitution de Zénon ci-dessus commentée, signalons encore une défense célèbre qui s'y trouvait contenue et qui, celle-là, avait été écrite dans l'intérêt des particuliers : nous voulons parler de la défense de bâtir dans l'intérieur de Constantinople des maisons qui enlèveraient aux habitations voisines l'aspect direct de la mer. Pour pouvoir élever un édifice, sans se préoccuper de savoir s'il prive ou non le voisin de la vue directe de la mer, il fallait se placer à cent pieds de la demeure de celui-ci (1).

Toutes les restrictions au droit de propriété, que nous avons mentionnées jusqu'ici, tirent pour la plupart leur origine de règlements de police générale. Elles sont du ressort du droit administratif. Aussi les trouvons-nous fort bien exposées par M. Serrigny dans son *Traité de droit public et administratif romain* (2). Mais nous allons rentrer plus directement dans le domaine du droit civil proprement dit en traitant de la servitude de passage.

La loi obligeait les particuliers à souffrir cette servitude de passage dans deux cas où il y avait nécessité. Le premier se présentait lorsque le chemin public était impraticable, le deuxième en cas d'enclave.

La loi des Douze Tables permettait déjà de passer sur les fonds voisins d'un chemin public, lorsque celui-ci était

(1) L. 12 § 4, Co., *eod. tit.*

(2) Serrigny, *Droit public romain*, t. I, n° 577 et s., p. 463 et s.

mal entretenu : « *Si via sit immunita, jubet Lex qua velit agere jumentum* (1). » Ne pourrait-on voir là une sorte de pénalité dont on aurait frappé les voisins désignés sous le nom d'*amsegetes* (2), pour les punir de leur négligence, puisqu'ils avaient mission d'entretenir le chemin en bon état de viabilité. Quoi qu'il en soit, ce caractère de pénalité, s'il est vrai qu'il y en ait une ici, ne se rencontrait pas toujours. C'était souvent pour une raison de force majeure que le voisin était tenu de supporter le passage : « *Cum via publica (vel) fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet* (3). »

Certains particuliers avaient aussi, parfois, le droit de changer l'assiette du passage. S'ils ont, par exemple, à se rendre pour l'exploitation de leurs forêts dans des lieux escarpés, où conduisent seuls des chemins inaccessibles, ils pourront à bon droit, nous disent Aggénus Urbicus (4) et Frontin (5), passer par les champs voisins dont l'abord est plus facile.

Si l'on autorisait les particuliers à passer sur les héri-

(1) Cicéron, *Pro Cæcina*, § XIX ; Cf. Festus, *De signifi. verbo.*, au mot *Via*.

(2) « *Amsegetes dicuntur, quorum ager viam tangit.* » Festus, v° *Amsegetes*. — Dans Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, p. 263, 4^e édit. Fribourg, 1879.

(3) L. 14 § 1, Dig., *Quemad. servi. amit.*, VIII, 6.

(4) « *Nam in agris centuriatis excipitur limitum latitudo causa itineris. Sed cum illi recturas suas, per quaecumque loca extendant, hoc est, quæ ratio dictavit per devia et montuosa qua iter nullo modo fieri potest : quæ loca fortasse possessoribus silvæ causa sunt utilia. Horum loco non inique quæ possunt loca commodiora iter commutant.* » Aggénus Urbicus, *De controversiis agrorum*, Gesius, *op. cit.*, p. 75.

(5) « *Omnes limites secundum legem colonicam itineri publico servire debent. Sed multi exigente ratione per cliva et confragosa loca eunt, qua iter fieri non potest : et sunt in usu agrorum eorum loco-*

tages de leurs voisins par ce seul fait que les chemins conduisant au fonds leur appartenant étaient impraticables, à plus forte raison devait-on leur concéder le même droit, au cas où il n'existait aucune espèce de chemin pour parvenir à ce fonds. C'est ce qui arrivait en effet. Le passage suivant de Sículus Flaccus prouve de la façon la plus certaine que ce droit de passage était admis par les *agrimensores*, dans tous les cas où il était nécessaire : « *Ad omnes autem agros semper iter liberum est. Nam aliquando, deficientibus viis vicinalibus, per agros alienos iter præstatur, quæ etiam conveniunt precario uti servitutem præstent his agris ad quos necesse habent transmittere pervium. Nam et in his verbis comprehenditur: ita ut optimus maximusque. Nam et aquarum ductus solent per alienos agros hoc jure transmittere. Itaque, ut diximus, viæ sæpe necessario per alienos agros transeunt, quæ non universo populo itinera præstant, sed eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est* (1). »

Il intervenait entre le propriétaire du fonds enclavé et celui dont il fallait traverser l'héritage, une convention de précaire pour constituer la servitude. L'existence de ces servitudes concédées à titre précaire était certaine à Rome, comme le reconnaît Cujas (2) au livre XXII de ses *Observations*, où il cite précisément, à titre d'exemple, le texte de Sículus Flaccus, dont nous venons de rapporter les

rum, ubi proximus possessor est, cujus forte silva limitem detinet et transitum inverecunde denegat, cum itineri limitem aut locum limiti debeat. » Frontinus, *De controversiis agrorum*, Edit. Gœsius, p. 43.

(1) Sículus Flaccus, *De conditionibus agrorum*, dans Gœsius, *op. cit.*, p. 9 *in fine* et 10. Voir aussi un passage du même auteur rapporté p. 14, ligne 3 et s. q.

(2) Cujas, *Observa.*, liv. XXII, cap. 37. *Opera omnia Cujacii*, t. III, p. 660. Naples, 1758.

termes. Cela semble étrange au premier abord, car le caractère propre de toute concession précaire est d'être révocable au gré du concédant. Et si la servitude consentie au propriétaire du fonds enclavé dépendait de la volonté de son voisin, sa situation serait assez critique; d'un moment à l'autre, par l'effet d'un caprice de celui-ci, il pourrait se trouver dans l'impossibilité de se rendre dans son champ. Le texte de Siculus Flaccus serait manifestement violé, puisqu'il dit : « *Ad omnes autem agros semper iter liberum est....*, et plus loin : *Via sæpe necessario per alienos agros transeunt quæ..... itinera præstant eis ad quorum agros per eas vias pervenire necesse est.* » Or, on ne peut supposer que le même fragment contienne, à quelques lignes de distance, des dispositions contradictoires. Nous croyons pouvoir expliquer cependant le fonctionnement de cette servitude concédée à titre précaire, sans mettre le propriétaire de l'immeuble enclavé à la discrétion complète de son voisin. Il suffit pour cela de s'inspirer de ce qui se passait dans une hypothèse analogue sur laquelle un texte d'Ulpien (l. 12 *prin.*, au Dig., *De religio. et sumptibus*, XI, 7) vient nous donner quelques éclaircissements. On suppose un individu propriétaire d'un tombeau, situé dans un terrain enclavé; cet individu n'est pas investi d'un droit de passage lui permettant d'arriver à ce tombeau; que devra-t-il faire si son voisin veut l'empêcher de passer?

L'empereur Antonin a rendu sur ce point, nous dit Ulpien, un rescrit par lequel il décide que le propriétaire du tombeau priera le voisin d'établir à son profit, à titre précaire, la servitude de passage appelée *iter*; le voisin d'ordinaire fera la concession; en cas de désaccord, le maître du tombeau se pourvoira *extra ordinem* devant le

président de la province qui forcera le voisin à constituer la servitude de passage moyennant un prix raisonnable. Le juge indiquera aussi le lieu où elle s'exercera, afin de causer le moins de préjudice possible au voisin. Pourquoi n'en serait-il pas de même, lorsqu'il s'agit de la servitude de passage en cas d'enclave? Le voisin sera tenu de fournir le passage au propriétaire du fonds enclavé, mais on exige l'intervention d'une convention de précaire pour qu'il puisse fixer le prix de l'indemnité qui lui sera due à raison de ce fait. Si les parties ne peuvent s'entendre, ce sera le magistrat qui déterminera le montant de cette indemnité.

Avec la servitude de passage, en cas d'enclave, nous avons commencé l'énumération des servitudes légales ayant pour objet l'intérêt des particuliers; une certaine loi *Mamilia* consacrait une servitude du même genre. Pour faciliter l'accès et la culture des champs, elle disposait qu'entre deux parcelles voisines appartenant à deux propriétaires différents, on laisserait un certain espace d'une largeur totale de cinq ou au plus de six pieds (1), qui servirait de limite (*finis*). Cette bande de terrain était prise par moitié sur chaque fonds contigu et était soustraite à l'usucapion (2). Elle permettait de conduire les bœufs sur le bord du champ sans fouler les récoltes et de retourner la charrue ou la herse à l'extrémité du sillon (*circumactus*) (3). Dans le droit de Justinien, cette distance prescrite par la

(1) Hyginus, *De generibus controversiarum*, dans Lachmann, *Gromatici veteres*, p. 126, édit. Berlin 1848.

(2) Cic., *De legibus*, 1, 21.

(3) Cette enceinte que la charrue ne devait jamais toucher, appartenait à la religion et mettait obstacle par suite aux usurpations. C'était sur cette ligne qu'étaient plantés les termes. Le père de famille la suivait à certains jours de l'année; il

loi *Mamilia* est devenue facultative (1). La prescription de trente ans fait acquérir l'espace de cinq pieds qui peut exister entre les fonds cultivés (2).

Le désir de maintenir les relations de bon voisinage a également décidé le législateur romain à conférer aux propriétaires, dont les domaines se touchent, certains droits ou certaines obligations qui se retrouvent pour la plupart chez nous où elles figurent au nombre des servitudes établies par la loi.

En voici la nomenclature :

On ne doit planter des arbres qu'à une certaine distance du fonds voisin à raison de l'ombrage (3). Le propriétaire de ce fonds a le droit de faire enlever l'arbre qui, planté à la distance réglementaire, incline sur son terrain (4) et de faire élaguer jusqu'à quinze pieds de haut celui dont les branches s'étendent au-dessus de son immeuble (5); il peut même exiger son enlèvement lorsqu'elles s'étendent au-dessus de son bâtiment (6). En cas de refus du voisin, il est autorisé à faire lui-même élaguer ou arracher cet arbre (7).

Le voisin a la faculté de venir, de deux jours en deux

poussait alors devant lui des victimes, chantait des hymnes et offrait des sacrifices. (Frontinus, *De limi.*, liv. II, *édit.* Gœsius, p. 303; Fustel de Coulanges, *Cité Antique*, p. 72 et suiv.)

(1) Siculus Flaccus, *De cond. agro.*, dans Lachmann, *op. cit.*, p. 152.

(2) L. 6, au Code de Justi., *Finium regundorum*, III, 39, comparée avec la loi 5, Co. de Jus., *eod. titu.*, et la loi 4, au Cod. Théodo., *Finium regundo.*, II, 26.

(3) Comparez art. 671 Co. civ. (l. du 20 août 1881) et l. 4 §§ 3 et 13 *in fine*, Dig., *Finium regundorum*, X, 1.

(4) L. 2, au Dig., *De arboribus cæd.*, XLIII, 27.

(5) L. 1 § 8 et 9, Dig., *eod. tit.*

(6) L. 1 *pr.* et § 9, Dig., *eod. ti.*, Cf. art. 672, Co. civ.

(7) L. 1 § 2, Dig., *eod. ti.*

jours, ramasser les fruits tombés de son arbre sur l'héritage contigu (1).

Quand on construit, il faut avoir soin de ne pas enlever au voisin le courant d'air nécessaire pour battre le blé (2).

Il est défendu, enfin, d'avoir une fosse d'aisances, un puits ou un tombeau près du champ d'autrui, à cause des inconvénients qui s'en suivraient pour le maître de ce champ (3).

Les différentes servitudes dont nous venons de donner l'énumération ont été créées de toutes pièces par le législateur. Parfois, aussi, son rôle se borne à faire respecter des règles écrites dans la nature. C'est ce qui a lieu lorsqu'il constate l'obligation pour tout propriétaire de recevoir sur son fonds les eaux qui découlent naturellement d'un fonds plus élevé que le sien (4). S'il en résulte un dommage pour ce propriétaire, c'est la disposition des terrains seule qui le produit, car il est défendu au maître du fonds supérieur de faire des travaux qui pourraient causer un préjudice au fonds inférieur. S'il contrevenait à cette défense, le propriétaire de ce dernier fonds aurait contre lui l'action *Aquæ pluviae arcendæ* (5). Cette action

(1) L. 9 § 1, Dig., *Ad exhibendum*, X, 4 ; l. 1, Dig., *De glande legenda*, XLIII, 28. Chez nous cette servitude n'existe plus, les fruits appartiennent à celui sur le fonds duquel ils sont tombés. (Art. 673 C. civ., loi du 20 août 1881.)

(2) L. 14, § 1, au Code, *De servi. et aqu.*, III, 34.

(3) L. 13, au Dig., *Finitum regund.*, X, 1 ; l. 17, § 2, *Si servi. vind.*, VIII, 5 ; Cf. art. 674, Co. Civ.

(4) L. 1 § 23, *De aqu. et aqu. pluv. arc.*, XXXIX, 3.

(5) Voici d'après M. Jousserandot quels auraient été les termes de l'Edit à cet égard : « *Si cui aqua pluvia damnum dabit, opere manufacto, aquæ pluviae arcendæ, ei actionem dabo.* » (Jousserandot, *L'Edit perpétuel*, t. II, n° 761, p. 217. Edit. Paris, 1888.) Le savant professeur, pour opérer cette restitution, s'inspire de la loi 1 *pr.* et § 1, au Dig., *De aqu. et aqu. pluv. arc.*, XXXIX, 3, empruntée au liv. 39 du commentaire d'Ulpien, *Ad Edictum*.

toutefois lui est refusée si le voisin, en faisant ces travaux, a usé d'un droit légitime (1), il a creusé par exemple des rigoles d'irrigation très utiles à l'amélioration de son fonds (2). Pas d'action non plus si c'est l'autorité publique qui a modifié l'état primitif de lieux (3).

Les eaux pluviales peuvent aussi donner naissance à une autre servitude légale, que nous allons encore citer avant d'en finir avec cet appendice.

De droit commun, en Italie, chaque propriétaire devait garder chez lui les eaux qui coulaient de son toit, mais dans certaines provinces comme l'Afrique il était de règle au contraire de déverser son égout sur l'héritage voisin. Le fait pour le propriétaire de cet héritage de recevoir les eaux provenant du toit de la maison qui ne lui appartient pas, constitue une servitude légale, soit que l'on y voie une charge, soit qu'on le considère comme un avantage. Selon le point de vue auquel on se placera, la maison jouera le rôle de fonds dominant ou de fonds servant, mais quel que soit le parti adopté, on doit reconnaître qu'il y a là une servitude légale.

(1) L. 1, § 3, 8, 11, 12, 15, Dig., XXXIX, 3; l. 3 § 2, Dig., *eod. tit.*

(2) L. 24 *pr.*, Dig., *eod. tit.*

(3) L. 2 § 3, l. 23 *pr.*, Dig., *eod. tit.*

(4) *In Italia aut quibusdam provinciis non exigua est injuria si in alienum agrum aquam immittas; in provincia autem Africa si transire non patiaris.* » (Aggénus Urbicus, *De controuv. agro.* — Edit. Gœsius, p. 74.) La divergence des usages locaux relatifs à l'égout des toits, qui nous est ici révélée sert à rendre compte dans l'opinion dominante de la servitude *stillicidii vel fluminis non recipiendi*. Cette servitude apparaissait, dit-on, dans les provinces où de droit commun on versait l'eau de son toit chez le voisin, elle consistait en une convention permettant au voisin de ne pas recevoir cette eau. (Ortolan., *Expli. histori. des Inst.*, t. II, n° 453, p. 328. — 10^e Edit.)

CHAPITRE III.

Des Modalités qui peuvent affecter l'établissement des Servitudes prédiales.

Avant de terminer notre étude sur les modes de constitution des servitudes prédiales, il nous reste à examiner si ces modes, pour être valables, doivent toujours être purs et simples, ainsi que nous l'avons supposé jusqu'ici, ou s'il est possible de leur apposer une modalité.

Les textes sont peu nombreux en cette matière et ont suscité des controverses, c'est ce qui nous a décidé à consacrer une place à part dans notre travail à la théorie importante et délicate du terme et de la condition en matière de constitution des servitudes. Nous aurons à distinguer soigneusement, à ce sujet, le terme *ad quem* et la condition *ad quam*, qui, sans empêcher la naissance immédiate du droit, en subordonnent l'extinction à l'arrivée d'une certaine époque ou d'un certain événement, du terme *a quo* et de la condition *ex quâ*, qui, au contraire, en retardent ou en suspendent la naissance elle-même.

Le droit réel de servitude, nous le savons, est un

démembrement de la propriété, et à ce titre est soumis à la plupart des règles qui régissent cette dernière. Rappelons en quelques mots les modalités dont ce droit de propriété était susceptible. Un des caractères du droit de propriété est d'être perpétuel. Il ne peut s'éteindre que par la perte de la chose sur laquelle il porte. Les Romains des premiers siècles y voyaient un droit absolu non susceptible d'être limité dans sa durée. L'établir *ad conditionem* aurait été l'établir avec une chance d'extinction *tempore*, chose contraire à son essence. Aussi, jusqu'à Justinien, la propriété fut-elle considérée comme ne pouvant se transférer *ad tempus vel ad conditionem*. C'était une conséquence excessive tirée du principe de perpétuité. Cet empereur, dans la constitution 2 au Code, *De donatio. quæ sub modo*, VIII, 55, admit la possibilité de la translation *ad tempus*, sanctionnant en cela une doctrine déjà professée par quelques jurisconsultes de l'époque classique tels que Marcellus et Ulpien et adoucissant la rigueur trop grande des principes. Les servitudes, considérées comme des qualités positives ou négatives des immeubles entre lesquels elles étaient établies, étaient soumises au même régime. Il suit de là qu'avant Justinien elles ne pouvaient être constituées ni à terme *ad quem*, ni sous une condition résolutoire. Il existait, toutefois, une différence à ce point de vue entre le droit de propriété et la servitude. Le transfert de la propriété *ad tempus* ou *ad conditionem* était nul, l'opération tout entière s'évanouissait, celui de la servitude était impossible ; mais si en fait on avait constitué une servitude sous l'affectation d'une telle modalité, on effaçait le terme ou la condition et on laissait la servitude constituée comme servitude pure et simple. Les Romains étaient partis d'une idée de faveur pour les servitudes qui

facilitent les relations de bon voisinage et l'exploitation de l'agriculture. Mais au nom des principes d'équité et pour faire respecter l'intention des parties, le préteur considérait la servitude comme éteinte après l'arrivée du terme et de la condition. Il donnait à cet effet l'exception *doli mali* ou *pacti conventi* contre l'action confessoire du propriétaire du fonds dominant. C'est ce qui résulte de la loi 4 *prin.* au Dig., *De Servi.*, VIII, 1 : « *Servitutes ipso quidem jure neque ex tempore, neque ad tempus, neque sub conditione, neque ad certam conditionem (verbi gratia quamdiu volam) constitui possunt : sed tamen, si hæc adjiciantur, pacti, vel per doli exceptionem occurretur, contra placita servitutem vindicanti.* » La fin du texte de Papinien se réfère à l'innovation du préteur. Ainsi donc, sauf le tempérament que nous venons de signaler, le terme *ad quem* et la condition *ad quam* sont absolument exclus par la nature des servitudes, qui est d'être perpétuelle comme la propriété. Peu importe du reste le mode de constitution employé pour l'établissement de la servitude.

Jusqu'ici les principes sont certains ; mais la controverse s'élève sur le point de savoir si une servitude peut être établie sous l'affectation d'un terme *a quo* ou d'une condition suspensive. Ces deux modalités ne font que suspendre le moment où le droit de propriété sera transféré ; une fois qu'il le sera, ce sera pour toujours ; en attendant, il reste sur la tête de l'aliénateur ; on ne peut pas dire qu'il est transféré *ad tempus*, il n'y a donc pas de raison de les exclure, ce semble. Si on se reporte à la loi 4 *princ.* au Dig., VIII, 1, dont nous venons de rapporter les termes, nous voyons Papinien prohiber d'une façon tout aussi absolue la condition et le terme suspensifs que la condition et le terme résolutoires. Les servitudes ne

peuvent être établies, nous dit-il, ni *ex tempore*, ni *ad tempus*, ni *sub conditione*, ni *ad conditionem*. La solution indiquée par le jurisconsulte est conforme aux principes généraux en ce qui concerne le terme et la condition résolutoire, nous l'avons démontré ci-dessus ; mais doit-on également l'admettre sans restriction en ce qui concerne la condition et le terme suspensifs et entrer en lutte ouverte avec les principes ? Nous ne le pensons pas. Nous croyons qu'il faut distinguer entre le droit lui-même de servitude et le mode employé pour l'établir. La prohibition qui frappait la condition et le terme suspensifs n'avait trait qu'aux modes de constitution *inter vivos* et ne se rapportait pas aux legs qui n'ont rien d'incompatible avec la condition suspensive. Ce n'est pas la nature de la servitude qui a inspiré à Papinien sa décision, mais la nature de l'acte juridique employé pour la constituer. Certains modes d'établissement des servitudes tels que la mancipation, la *cessio in jure* et l'*adjudicatio*, ne se prêtent pas à l'insertion d'une condition ou d'un terme suspensifs. Si la loi 4, *De servi.*, semble contraire à notre opinion, c'est précisément parce qu'elle a en vue une hypothèse dans laquelle la servitude est supposée établie par un de ces modes qui ne comportent ni terme ni condition. Telle est l'opinion enseignée par MM. Maynz (1), et de Vangerow (2) et à laquelle M. Bufnoir, dans son *Traité de la condition en droit romain*, est venu apporter l'appui de sa haute autorité (3). C'est la seule, croyons-nous, qui

(1) Maynz, *Elém. de dr. romain.*, t. I, p. 530.

(2) De Vangerow, *Lehrbuch*, § 340, *Anm.* 1, 4 t. I, p. 711.

(3) Bufnoir, *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques romains*, p. 182 et s., et p. 225 et s. — Edit. Paris, 1866.

soit conforme aux textes et à la logique. M. Demangeat (1) repousse cette explication et s'emparant de la loi 4, *De servi.*, soutient que la prohibition qu'elle édicte est absolue. Il se fonde sur la généralité de ses termes pour rejeter toute distinction entre l'hypothèse de l'établissement d'une servitude par acte entre vifs et celle de l'établissement d'une servitude par legs. Le texte, nous fait-il remarquer en second lieu, met absolument sur la même ligne la constitution faite *sub conditione* et la constitution faite *ad certam conditionem*. D'après cet auteur, Papinien, loin de trouver dans le mode de constitution le motif de la règle, fait abstraction du mode employé, et raisonne plutôt dans l'hypothèse d'un procédé qui, comme le legs, admet toute espèce de modalités. Pour réfuter cette doctrine, nous ferons d'abord observer que les termes même de la loi 4 montrent bien qu'il s'agit dans l'espèce, non d'un legs, mais d'un mode d'établissement entre vifs. Papinien parle de l'exception *pacti conventi* pour repousser l'action réelle de celui qui revendiquerait la servitude *contra placita*. Il ne peut viser une servitude établie par legs pour laquelle aucun pacte ne saurait intervenir. Il suppose donc qu'elle intervient entre personnes vivantes par mancipation ou *cessio in jure*. Si le texte ne cite pas ces modes, c'est que probablement il a été modifié. Justinien a dû les retrancher du texte primitif parce qu'ils n'existaient plus de son temps. Toutefois, l'exception *doli mali* ou *pacti conventi*, destinée à faire respecter la restriction mise à l'établissement des servitudes, ne pourra s'appliquer qu'au cas où l'insertion d'une condition n'aura pas entraîné la nullité totale de l'opération, par exemple

(1) Demangeat, *Cours de dr. romain*, t. I, p. 526, 3^e édition.

lorsqu'une condition suspensive aura été insérée dans un pacte adjoit à une mancipation et à une cession juridique faite purement et simplement. Des textes formels viennent, au surplus, nous donner des exemples de servitudes constituées *sub conditione*, ce qui prouve péremptoirement que la prohibition de la condition et du terme suspensifs tient au mode de constitution et non à la nature même de la servitude. La loi 23 § 1, au Dig., *De servi. præd. urba.*, VIII, 2, nous présente une première servitude établie sous une condition suspensive, qui est la construction d'un édifice : « *Futuro quoque ædificio quod nondum est vel imponi vel adquiri servitus potest.* » Cette loi est l'application de cette idée qu'en vertu de la maxime *Expressa nocent, non expressa non nocent*, le terme et la condition tacites n'empêchaient pas la validité de la mancipation ni de la *cessio in jure* et produisaient leur effet. La loi 10 au Dig., *De servi. præd. rusti.*, nous signale une autre servitude constituée sous la condition suspensive, *si aqua inventa sit* : « *Labeo ait et talem servitutem constitui posse ut aquam quærere et inventam ducere liceat.* » Nous pouvons encore invoquer à l'appui de cette théorie la loi 18 au Dig., *Com. præd.*, VIII, 4, où l'*in jure cessio* se trouve tacitement subordonnée à une condition *ex quâ*. Le texte suppose un fonds commun ; on sait que des servitudes ne pouvaient être établies sur un semblable fonds que du consentement de tous les copropriétaires ; c'était là une conséquence du principe de l'indivisibilité de ces droits réels. La loi 18, Dig., VIII, iv, vient précisément nous avertir que, pour adoucir la rigueur de ce principe, on avait admis des *cessiones in jure* successives de la part ou au profit des divers copropriétaires de l'un ou de l'autre fonds. Par une fiction, on les ramenait toutes au moment où se produisait la der-

nière ; de cette manière, l'effet des premières cessions était suspendu par la condition tacite que les autres se produiraient, toutes les parties étant encore vivantes et ayant conservé leurs droits sur l'immeuble. Comment soutenir, dès lors, que la constitution d'une servitude ne peut être affectée d'une condition suspensive ?

Un dernier argument tout à fait décisif achèverait, si le moindre doute subsistait, de renverser le système que nous combattons. M. Demangeat prétend que dans la loi 4, Papinien, en proscrivant la condition suspensive, faisait allusion à l'établissement d'une servitude par legs. Nous allons démontrer à l'aide d'un texte péremptoire que, tout au contraire, une servitude pouvait être constituée, *sub conditione* par un legs *per vindicationem* et constituée *ipso jure*. C'est ce qui résulte de la loi 3 au Dig., *De servitute legata*, XXXIII, 3.

Cette loi prévoit plusieurs hypothèses mais la dernière seule se réfère à notre système. Voici comment est conçue la fin de cette loi : « *Ut responsum est, cum alteri ex vicinis, qui fundum communem habebant, viam sub conditione, alteri pure legasset, pendente conditione decessisset : quia alterius legatarii persona impedimento esset, quo minus solidus fundus cum via vindicaretur* (1). »

Il est question dans ce fragment d'une servitude de *via* qui a été léguée à deux copropriétaires d'un fonds par un voisin, mais à l'un purement et simplement et à l'autre sous condition. Au moment du décès du testateur, la condition est encore en suspens, en sorte que le *dies cedens*

(1) Les mots *et pendente conditione decessisset*, qui figurent au texte de la loi 3, *De servi. lega.*, doivent être remplacés par ceux-ci : *Et pendente conditione dies legati cessisset*. Cette correction est indiquée par Cujas, *Obs.* 1, C. 23, *Recit. solem. ad. h. tit. et ad. h. leg.*, et adoptée par M. Bufnoir.

du premier legs a lieu avant la réalisation de la condition attachée au second. Dans cette hypothèse les deux legs s'évanouiront, nous dit Marcellus. Nous savons, en effet, que c'est à l'époque du *dies cedens* que la servitude doit remplir les conditions nécessaires à son existence : or, une servitude ne peut s'établir au profit d'un copropriétaire par indivis, à cause de l'indivisibilité des servitudes ; la condition n'étant pas arrivée à cette époque, aucun des deux legs ne peut avoir son effet. Nous le voyons, le legs d'une servitude *sub conditione*, nous est présenté par le jurisconsulte comme n'ayant rien d'anormal et comme produisant les mêmes effets que tout autre legs conditionnel.

Et qu'on ne vienne pas nous dire que le texte se place au point de vue de la pratique, qui, on ne l'ignore pas, arrivait à faire valoir la condition, à l'aide d'une exception donnée par le prêteur. Cette objection tombe devant ce fait, que dans notre espèce l'effet du legs est produit *ipso jure*. « Dans l'opinion de M. Demangeat, il faudrait dire, comme le fait très bien remarquer M. Bufnoir, que les deux legs faits à chacun des copropriétaires sont l'un et l'autre purs et simples, et, par suite, entraînent au même moment l'acquisition de la servitude, sauf à attendre pour s'en prévaloir utilement l'arrivée de la condition. D'où il résulterait que ces legs seraient valables au lieu d'être déclarés nuls ; ils ne peuvent être annulés qu'en admettant que la condition mise à l'un d'eux suspend *ipso jure* l'ouverture du droit qu'il a pour objet de conférer (1). »

Cette loi 3 au Dig., XXXIII, 3, établit donc d'une façon formelle qu'une servitude pouvait être constituée sous une

(1) Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 230.

condition suspensive, quand le procédé employé comportait cette modalité.

Pour avoir une idée à peu près complète des modalités qui peuvent affecter les servitudes, disons, en peu de mots, ce qu'on entendait par *modus* en matière de servitudes prédiales.

Le *modus*, c'est la fixation des limites dans lesquelles devra se renfermer l'exercice de la servitude. S'il s'agit d'une servitude de passage, on pourra indiquer la forme des véhicules qu'on sera autorisé à employer, le nombre des chevaux dont on pourra se servir, le poids des fardeaux que l'on pourra transporter à travers le fonds servant, les jours et heures où l'on pourra passer, sans pour cela mettre un terme à la servitude. La convention, ici, porte sur le mode d'exercice de la servitude, nullement sur le temps qu'il doit durer.

La loi 4, *De servit.*, dont le *principium* prohibe d'une façon trop absolue, comme nous l'avons vu, l'apposition du terme et de la condition pour l'établissement des servitudes dans la législation civile romaine, admet au contraire formellement le *modus* auquel elle consacre les § 1 et 2.

§ 1. « *Modum adjici servitutibus posse constat: veluti quo genere vehiculi agatur, [vel non] agatur veluti ut equo duntaxat, vel ut certum pondus vehatur, vel grex ille transducatur, aut carbo portetur.* — § 2. *Intervalla dierum et horarum, non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis.* »

On voit que le texte distingue avec soin le terme du *modus*. A l'époque classique cette distinction entre le *dies* et le *modus* avait une importance considérable, au point de vue de la *plus petitio*. Celui qui intentait l'action confessoire pour faire reconnaître l'existence à son profit d'une

servitude à terme, n'avait pas besoin de mentionner le terme dans l'*intentio* de la formule, puisque ce terme nul *ipso jure* ne pouvait lui être opposé que par voie d'exception, le *modus*, au contraire, devait être exprimé sous peine d'encourir la *plus petitio*. C'est ce que nous démontré clairement le § 53 des *Frag. Vati.* « *Si de altius tollendo aget is qui in infinitum tollendi jus non habet, si non expresserit modum, plus petendo causa cadit, quasi intenderit jus sibi esse in infinitum tollere.* »

DEUXIÈME PARTIE

DROIT FRANÇAIS

De l'établissement des servitudes par le fait de l'homme

PRÉLIMINAIRES

Le code civil a rompu complètement avec la tradition du droit romain et de la législation coutumière en ce qui concerne la signification du mot *servitude*. A Rome et dans l'ancienne jurisprudence, on réunissait, sous la qualification générale de *servitude*, deux sortes de démembrements de la propriété. On désignait par là, d'une part les droits appelés *Servitutes rerum vel prædiorum* ou services fonciers, consistant dans l'attri-

bution à un fonds déterminé d'une portion des avantages compris dans la propriété d'un autre fonds également déterminé ; d'autre part les droits connus sous le nom de *servitutes personarum* ou servitudes personnelles, qui conféraient à une personne déterminée une partie des avantages procurés par un fonds appartenant à un autre propriétaire.

Le code civil n'a conservé le mot *servitude*, que pour désigner les servitudes réelles ou services fonciers.

Les législateurs de 1804 ont évité avec soin d'employer l'expression de servitudes personnelles. Ils ont craint, en s'en servant, de blesser les susceptibilités d'un certain nombre de leurs contemporains, quelque peu ombrageux et peu versés dans la science du droit, auxquels cette dénomination aurait pu rappeler le servage, les corvées et autres droits féodaux abolis dans la nuit du 4 août 1789. C'est également pour éviter toute équivoque et bien préciser leur pensée qu'ils ont cru devoir, dans la rubrique du titre consacré aux servitudes réelles, ajouter les mots *ou services fonciers*. Ils ont donné de la servitude ainsi entendue la définition suivante :

Art. 637. « Une servitude est une charge imposée sur un héritage, pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire. »

Cette définition correspond à celle du droit romain. Remarquons toutefois que le code qualifie la servitude de charge, tandis que les interprètes du droit romain et à leur suite Domat et Pothier l'appelaient un droit ; ces deux dénominations sont exactes, selon que l'on se place au point de vue du fonds servant ou au point de vue du fonds dominant. Le législateur de 1804, d'ailleurs, la range aussi parmi les droits, lorsqu'à l'art. 526 il met

les servitudes au nombre des immeubles par l'objet auquel elles s'appliquent.

Les servitudes réelles ont une triple origine : elles découlent de la situation naturelle des lieux, des obligations imposées par la loi ou des conventions entre propriétaires (art. 639). Dans notre introduction historique, nous avons vu naître et se développer successivement ces trois espèces de servitudes que nous retrouvons dans le code ; nous avons passé en revue leurs caractères constitutifs dans notre thèse romaine consacrée aux servitudes prédiales en général et à leurs modes d'acquisition ; nous ne reviendrons pas sur ces caractères qui sont à peu près les mêmes en droit français. Dans cette seconde partie de notre travail, nous laisserons de côté les servitudes naturelles et les servitudes légales pour nous occuper exclusivement des servitudes du fait de l'homme. Nous ne ferons même porter notre examen que sur leurs modes de constitution, matière déjà bien longue et fertile en difficultés de tous genres.

COMMENT S'ÉTABLISSENT LES SERVITUDES DU FAIT DE L'HOMME

La loi reconnaît trois modes d'établissement des servitudes du fait de l'homme :

Le titre,

La destination du père de famille,

La prescription.

Ces trois modes de constitution feront l'objet de trois chapitres, dans lesquels nous étudierons les éléments constitutifs de chacun d'eux et le genre de servitudes

auquel il pourra s'appliquer. Nous ferons rentrer, enfin, dans ces divers chapitres l'examen des questions les plus importantes qui se rattachent directement à l'établissement des servitudes réelles par les trois procédés que nous avons énumérés.

CHAPITRE I^{er}

De l'établissement des servitudes par titre.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections :

Section I. — Comment s'opère et se prouve la constitution des servitudes établies par titre.

Section II. — Qui peut constituer une servitude.

Section III. — Qui peut acquérir une servitude.

SECTION I^{re}

COMMENT S'OPÈRE ET SE PROUVE LA CONSTITUTION DES SERVITUDES ÉTABLIES PAR TITRE.

La question que nous avons à résoudre est complexe, elle nous conduit à examiner : 1^o En quoi consiste le titre ; 2^o Quelle est la publicité voulue pour que ce titre

devienne pleinement efficace *erga omnes* ; 3° Comment s'établit la preuve du titre. Nous consacrerons à chacun de ces points un paragraphe distinct.

§ 1. — En quoi consiste le titre.

Le mot titre est susceptible de deux significations différentes. Quel est le sens exact à attribuer à cette expression aux articles 690 et 691. Telle est la question qui doit préoccuper en premier lieu l'interprète, la loi ayant omis de s'expliquer à cet égard.

Dans la langue du droit, on entend par titre, tantôt l'acte juridique qui est la cause génératrice d'un droit quelconque, c'est-à-dire la convention ou le testament qui le crée, ce qu'on désigne aussi sous le nom de *quod actum est* ou *quod gestum est*, tantôt l'acte écrit, *instrumentum* qui constate et sert à prouver l'existence d'un droit. Cette deuxième signification du mot titre est plus répandue peut-être que la première dans le langage de la pratique ; c'est sous cette acception qu'il est employé aux articles 686, 695, 702, 1197, 1221, 1282, 1334, etc... mais tel n'est pas le sens qu'il faut lui assigner aux articles 690 et 691. Le législateur, dans ces textes, n'entend pas parler de la preuve de la servitude, mais du mode de son établissement ; par titre, il désigne le fait générateur du droit *radix et fundamentum juris*, l'acte constitutif de la servitude elle-même. Autre chose est, en effet, la constitution du droit, autre chose la preuve de ce droit.

Laissant donc de côté, pour le moment, la question de preuve sur laquelle nous aurons ultérieurement à

revenir, nous tenons, avec la majorité des auteurs (1), que les servitudes démembrements de la propriété, sont régies par le droit commun en ce qui concerne les différents modes d'aliénation soit entre vifs, soit testamentaires. Dans tous les contrats à titre onéreux où la loi n'exige pas un acte écrit : tels que la vente, l'échange, etc... les servitudes peuvent être établies par convention verbale (2).

Entendre, comme quelques auteurs l'ont fait, le mot titre dans le sens d'acte écrit, conduirait à faire de la constitution de servitude un contrat *sui generis*, soumis à des règles spéciales, pour la validité duquel la rédaction d'un écrit serait indispensable; ce serait en résumé en faire un contrat solennel. Or une semblable solution est difficile à justifier, car elle est contraire à l'esprit de notre législation et à la nature de la servitude. En droit français, la convention à elle seule (art. 1134) fait la loi des parties, indépendamment du procédé employé pour la constater. Quand le législateur prescrit un écrit pour constater un acte juridique, il déroge au droit commun, il en fait un acte solennel, il a soin de le dire formellement, c'est ce qui a lieu pour les donations, le contrat de mariage, l'hypothèque, etc... Or, cette disposition précise, dérogatoire au droit commun, nous ne la trouvons pas aux art. 690 et 691.

1. Demolombe, t. XII, n° 729, p. 320; Aubry et Rau, t. III, § 250, 4°, 4° édit.; Demante, t. II, n° 545 bis.

2. Tous les arrêts de la jurisprudence française se prononcent pour la solution adoptée au texte; il en est de même de ceux de la Cour de Cass. de Belgique; le système adverse n'a pour lui qu'un arrêt de la Cour de Bruxelles du 30 janvier 1833, *Pasicrisie* 1833, 2, 34; et un arrêt de La Haye du 16 mai 1851. *Belgique judiciaire*, 1851, p. 1041.

Quand un texte est ambigu, on doit l'interpréter conformément aux principes généraux. D'autre part, si l'on s'inspire des analogies que l'on rencontre dans le code, on s'aperçoit que la solution, que nous combattons, est en contradiction flagrante avec la logique. L'usufruit démembrement de la propriété plus important qu'une servitude peut se constituer par simple convention sans écrit. Comment s'expliquer que la servitude bien moins importante en exige un. Les servitudes sont des démembrements de la propriété, or, pour l'aliénation de la propriété, la loi n'exige pas en général un écrit. On peut vendre un immeuble valant cent mille francs par un contrat verbal, et on ne pourrait pas vendre verbalement une servitude qui ne vaut que cinq cents francs. Serait-il rationnel de se montrer plus sévère pour une aliénation partielle que pour une aliénation totale?

De plus, comme le fait très bien remarquer M. Laurent, il y a une raison péremptoire pour que le mot titre à l'art. 690 ne signifie pas écrit. « S'il avait ce sens », nous dit le savant professeur, « il en résulterait que la « vente d'une servitude serait un contrat solennel, d'où « suivrait qu'elle ne pourrait se prouver ni par témoins « ni par aveu. Cependant, d'après l'art. 690, les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la « possession de trente ans, or la possession se prouve « toujours par témoins. Ainsi on ne serait pas admis à « prouver par témoins qu'une servitude a été vendue « alors même qu'il y aurait un commencement de « preuve par écrit ; et l'on serait admis à prouver exclusivement par témoin qu'une servitude a été acquise « par prescription. Par cela seul que la prescription « suffit pour établir les servitudes, il est impossible que

« la servitude soit un contrat solennel (1) ». Par titre à l'art. 690, il faut donc entendre le fait juridique générateur de la servitude. Le mot titre a évidemment le même sens à l'art. suivant. Loin d'exiger un *instrumentum* pour la constitution des servitudes, dont il est question aux art. 690 et 691, le code vient nous dire expressément à l'art. 639 qu'elles peuvent être établies par de simples conventions.

Alors même que la signification à attribuer à ce mot convention, à l'art. 639, aurait pu soulever quelques doutes après la promulgation du code, il n'en serait plus de même aujourd'hui, la loi du 23 mars 1855 serait venue faire cesser toutes les hésitations. L'art. 2 § 2 de cette loi dispose, que l'on devra soumettre à la formalité de la transcription, au bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble grevé, tout jugement qui aura déclaré l'existence de la servitude, en vertu d'une convention verbale, si on veut s'en prévaloir vis-à-vis des tiers. C'est donc que, pour le législateur de 1855, un écrit n'est pas nécessaire pour l'établissement d'un droit de cette nature.

Quelque convaincantes que soient les raisons que nous venons d'exposer, il s'est rencontré des auteurs pour soutenir qu'un écrit était nécessaire pour constituer une servitude. Pardessus, le principal défenseur de ce système, dit en parlant du titre : « Par ce mot, nous entendons tous documents propres à fournir une preuve écrite (2) ». Pardessus ne fait que for-

1. Laurent, t. VIII, n° 147, p. 176.

2. Pardessus, *Traité des servitudes*, t. II, n°s 242 et 243, pp. 3 et 4. 8^e édition.

muler sa solution sans apporter d'arguments à l'appui. Il se contente de tirer les conséquences qui en découlent. Aussi son opinion ne fit-elle pas autorité et pendant longtemps il fut seul de son avis. Mais sa théorie a été reprise, en 1871, par M. Vanier (1), qui l'a soutenue d'une façon brillante. Aussi ce système mérite-t-il les honneurs de la discussion.

M. Vanier prétend que le législateur de 1804 a maintenu au mot titre le sens qu'il avait dans notre ancienne jurisprudence sous la plupart des coutumes, notamment sous la Coutume de Paris, et soutient que le contrat de servitude était déjà à cette époque un contrat *sui generis* soumis à des règles spéciales. Pour établir le bien fondé des allégations dans l'ancien droit, il cite : 1° Une Ordonnance de 1485 du roi Charles VIII qui portait : *Aucun droit de servitude ne peut être acquis sans un titre spécial faisant mention de la servitude*; 2° la règle *Nulle servitude sans titre* formulée à l'art. 186 de la Coutume de Paris rédigée en 1580. Cette maxime était suivie dans un grand nombre de coutumes. Celles de Normandie, art. 608, et d'Orléans, art. 225, admettaient des dispositions analogues.

Tous les anciens commentateurs, ajoute-t-on, étaient d'accord pour professer que Nulle servitude ne devait exister *sans titre écrit*. C'est ce sens, qui était attribué au mot *titre* dans le langage usuel et à l'art. 186 de la Coutume de Paris, qui a été conservé en 1804, nous dit M. Vanier; nulle part dans les travaux préparatoires,

1. Vanier, *Questions notables sur les servitudes*, pp. 30 et suiv. Paris, 1871.

on ne voit les rédacteurs manifester l'intention de lui en attribuer un autre.

Nous répondrons tout d'abord que les textes des anciennes coutumes ne sont pas aussi formels qu'on le prétend. Le mot titre qui figure à l'art. 186 de la coutume de Paris, dans la maxime nulle servitude sans titre, peut très bien s'entendre comme aujourd'hui non d'un écrit, mais de l'acte générateur de la servitude.

En second lieu, les interprètes de l'ancien droit étaient loin d'être aussi unanimes, qu'on semble le croire, sur la signification à donner au mot titre. Pothier (1), l'un des commentateurs les plus autorisés de la coutume d'Orléans, proposait après la révision de cette coutume d'admettre comme valant titre la possession centenaire. La question fut longtemps discutée en jurisprudence, ainsi que cela résulte d'un arrêt célèbre, de la quatrième chambre des enquêtes du 12 mars 1755, rapporté dans Lalaure (2). Cet arrêt consacra la doctrine de M. Vanier, mais s'il fut précédé de si longues hésitations, c'est qu'auparavant il y avait doute.

Mais admettons même qu'un écrit ait été rigoureusement exigé dans l'ancien droit pour l'établissement d'une servitude sous l'empire des coutumes dont se sont généralement inspirés les rédacteurs du code ; cette disposition des coutumes d'Orléans et de Paris ne saurait être obligatoire dans notre droit actuel. Le code n'a pas suivi servilement et sans jamais s'en écarter,

1. Pothier, sur l'art. 225 de la *Cout. d'Orléans*.

2. Lalaure, *Traité des servitudes réelles*. liv. III, chap. 12, pp. 278 et s. Paris, 1761.

comme on l'affirme, les dispositions de ces coutumes en matière de servitudes. Il reconnaît en effet pour certaines d'entre elles deux modes de constitution de plus que la Coutume de Paris, la prescription et la destination du père de famille; cette dernière n'existait plus que de nom sous la coutume de 1580, ainsi que nous aurons, sous peu, à le signaler. Rien d'étonnant donc à ce qu'il se montre aussi moins sévère pour le troisième.

M. Vanier, toutefois, ne se contente pas de l'argument historique que nous venons d'écarter. Le droit moderne lui fournit aussi des armes pour soutenir sa théorie. Pour découvrir la véritable signification du mot titre, rien n'est plus logique, nous dit-il, que de s'inspirer du sens qui lui est attribué dans les articles compris sous la même rubrique. Nous le trouvons employé, par exemple, à l'art. 695. Ce texte, nous fait-il remarquer, oppose le titre reconnaissant au titre constitutif de la servitude. Le titre reconnaissant est certainement un acte écrit, on doit naturellement en conclure que l'acte qu'on lui compare en est un également. Or, le titre constitutif visé à l'art. 695 est le même que celui mentionné à nos art. 690 et 691, c'est donc que le mot titre a bien le sens d'écrit à ces articles.

L'analogie que l'on invoque n'a aucune valeur, elle repose sur une confusion contre laquelle nous avons cru devoir prémunir le lecteur entre les conditions requises pour constituer le droit réel et les procédés usités pour constater son existence; l'art. 695 n'a rien à faire au débat, il ne se réfère pas comme nos art. 690 et 691 à la création de la servitude par titre, il n'a trait qu'à la question de preuve comme nous le verrons bientôt.

Les titres constitutifs des servitudes sont naturellement les mêmes que ceux en usage en matière d'aliénation immobilière, comme nous l'avons déjà indiqué dans le paragraphe précédent. Les actes entre vifs de même que les actes testamentaires pourront donc être employés pour la constitution.

La servitude, que l'on ait recours à un acte à titre onéreux ou à un acte à titre gratuit, pourra toujours être établie soit directement par *translatio* comme on disait à Rome, soit indirectement par *deductio*. Directement, lorsque le propriétaire d'un fonds acquiert du propriétaire voisin un droit de passage, de vue, de puisage, etc... ; indirectement, lorsque le propriétaire des deux fonds en aliénant l'un d'eux, réserve sur ce fonds quelque service au profit de l'héritage qu'il conserve, ou lorsque le disposant impose sur l'héritage qu'il aliène une servitude au profit de l'héritage d'un tiers par application de l'article 1121.

Enfin, rien ne s'oppose à ce qu'on puisse laisser par donation ou testament un objet à une personne quelconque, à la condition que ce donataire ou légataire accordera à un tiers, tel droit sur son propre héritage.

Ne doit-on pas aussi, conformément à l'opinion de Pardessus, considérer certains jugements comme des titres constitutifs de servitudes ?

La plupart des jugements qui interviennent à l'occasion des servitudes, statuent sur un procès relatif à leur existence. Le jugement qui met fin à un litige de cette espèce est purement déclaratif d'un droit antérieur qu'il confirme. Tout le monde s'accorde à reconnaître que ce jugement n'est pas constitutif d'un droit réel.

Mais lorsque le jugement sanctionne une servitude

qui n'existait pas antérieurement, la question peut s'élever.

Supposons, par exemple, un partage fait en justice. Les experts chargés du partage composent les lots et établissent une servitude de vue ou de passage d'un lot sur un autre. Le travail des experts, qui n'est qu'un travail préparatoire, ne fonde pas la servitude; mais le jugement qui homologue ce rapport semble bien la constituer.

Supposons encore une licitation de biens entre copropriétaires, un cahier des charges est dressé, fixant les conditions de l'adjudication. Ce cahier des charges ne prend force que par le fait du jugement d'adjudication qui paraît encore ici servir de titre à la servitude.

Même dans les exemples dont nous venons de parler nous ne trouvons pas que l'opinion des auteurs qui rangent les jugements au nombre des titres constitutifs de servitudes soit assez justifiée et nous ne pouvons l'admettre pour les raisons suivantes :

Au cas de partage, il y a toujours consentement volontaire ou forcé de ceux qui y prennent part; et, en conséquence, comme le dit M. Demolombe (1) : *convention des parties*, convention *sui generis* si l'on veut, laquelle est ratifiée par la justice; mais on ne peut dire que ce soit le jugement de ratification qui donne naissance à la servitude, elle est née de la volonté des co-partageants.

Le juge dans notre législation peut bien confirmer, reconnaître les droits qui découlent des faits juridiques intervenus entre les intéressés, mais il ne peut les créer

1. Demolombe, t. XII, n° 732, p. 234.

lui-même. Pour établir une servitude, il faut être propriétaire, le juge, qui ne l'est pas, ne trouve donc nulle part dans la loi le pouvoir de la constituer.

Au cas de licitation ou d'expropriation, les clauses qui, dans le cahier des charges imposent la servitude, naissent, selon nous, du double consentement du vendeur qui les fixe et de l'adjudicataire qui les accepte, et non de la volonté du juge.

On pourrait objecter à cette théorie, que le propriétaire de l'immeuble exproprié n'a nullement autorisé l'établissement de la servitude et n'a pas même été consulté le plus souvent; mais nous répondrons que son consentement est suppléé par celui des rédacteurs du cahier des charges qui exercent ses droits (en cas de faillite, par exemple, par le consentement des syndics).

Nous considérons que, dans ces divers cas, il y a un contrat judiciaire intervenu entre les parties, contrat sur lequel repose l'établissement de la servitude, et que ce n'est pas, par conséquent, le jugement qui sert de titre. Et cette idée de contrat judiciaire, Pardessus lui-même l'admet au n° 274 (1). « Les jugements de l'espèce de ceux dont nous venons de parler, nous dit-il, sont de véritables contrats, mais pour la formation desquels on n'exige pas les mêmes conditions de capacité de la part des contractants que pour les actes volontaires. L'autorité du juge supplée à ce qui manque à la capacité des parties, et c'est même le plus souvent ce qui nécessite cette intervention judiciaire ». C'est à ce numéro qui semble en contradiction avec l'opinion de

1. Pardessus, *Servi*, t. II, n° 274, p. 68, 8^e édit.

l'auteur, formulée au n° 273, que se trouve énoncée la vraie théorie.

§ 2. — De la publicité du titre.

Sous l'empire du Code civil et avant la loi du 23 mars 1855, l'acte constitutif de la servitude, quand il était sous seing privé, devait, pour être opposable aux tiers, avoir acquis date certaine par un des modes indiqués à l'art. 1328. La servitude établie soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, se transmettait à l'égard des tiers, comme la propriété et les autres droits réels par le seul effet de l'acte constitutif. Les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques (art. 939) étaient seules l'objet d'une mesure de publicité, mais comme les servitudes ne peuvent être hypothéquées, la donation d'une servitude n'était pas sujette à la transcription. Il y avait là une lacune des plus regrettables. Il est évident que les tiers acquéreurs ont intérêt à connaître les servitudes qui peuvent grever le fonds qu'ils achètent. La loi du 23 mars 1855 est venue très heureusement remédier à cet état de choses. L'art. 2, n° 2, de cette loi, décide qu'il y a lieu de soumettre à la transcription : « tout acte
« (entre vifs) constitutif d'antichrèse, de servitude et
« tout acte emportant renonciation à ces mêmes droits ;
« tout jugement qui en déclare l'existence en vertu d'une
« convention verbale ».

L'art. 3 ajoute : « Jusqu'à la transcription, les droits
« résultant des actes et jugements énoncés aux articles
« précédents ne peuvent être opposés aux tiers qui ont

« des droits sur l'immeuble et qui les ont conservés en « se conformant aux lois ».

Depuis la loi du 23 mars 1855, c'est la transcription seule qui rend les actes constitutifs de servitude opposables aux tiers et non pas l'enregistrement ou tout autre fait de nature à donner date certaine d'après l'art. 1328. L'enregistrement, depuis cette loi, a perdu beaucoup de son utilité, par rapport aux actes soumis à la transcription; ce n'est plus qu'une mesure purement fiscale.

Un propriétaire concède successivement à deux personnes différentes, par acte sous seing privé, un droit de servitude exclusif sur son fonds, un droit de pacage, par exemple; le deuxième cessionnaire qui, le premier, fait transcrire son titre, jouira seul de la servitude, bien que le premier cessionnaire, qui n'a pas transcrit, ait fait enregistrer le sien à une époque antérieure à la seconde cession.

Le texte de l'art. 2 de la loi du 23 mars 1855, est général; il exige la transcription pour tout acte entre vifs constitutif de servitude, qu'il s'agisse d'ailleurs de servitudes non apparentes ou de servitudes apparentes discontinues ou continues. Pour ces dernières, la transcription était beaucoup moins utile aux tiers, car elles se révèlent si bien d'elles-mêmes, qu'aux termes de l'art. 1638, leur existence ne donne lieu à aucun recours en garantie contre le vendeur de l'immeuble assujetti qui ne les a pas déclarées à son acquéreur. La transcription offre cependant, même à leur égard, des avantages fort appréciables. L'acheteur n'a vu, peut-être, dans l'état des lieux, qu'une pure tolérance du propriétaire; les signes matériels révélateurs d'une servitude apparente ont pu lui échapper s'il est peu attentif. Il

peut, aujourd'hui, se soustraire à ces diverses causes d'erreurs. Il n'a qu'à consulter le registre des transcriptions, il y trouvera des renseignements précis sur la condition des immeubles vendus. Le législateur a donc agi fort sagement en évitant des divisions et distinctions difficiles à formuler d'une manière nette et précise et qui auraient été la source de nombreux procès. Il n'a fait en cela, du reste, qu'imiter le législateur belge. En effet, lors de la discussion de la loi belge du 16 décembre 1851, sur la transcription qui correspond à notre loi du 23 mars 1855, la distinction entre les diverses espèces de servitudes fut proposée et repoussée par cette idée, que l'intérêt des tiers exige que le registre aux transcriptions leur donne des renseignements exacts et complets sur les droits qui peuvent grever un immeuble (1).

La loi de 1855, avons-nous dit, ne s'applique qu'aux actes entre vifs. Les mots *entre vifs* ajoutés au mot acte, à l'art. 1, sont sous-entendus à l'art. 2, tout le monde en convient (2). Elle reste donc étrangère aux servitudes constituées par legs, et d'autre part, le Code civil n'assujettit point les libéralités testamentaires, quelles qu'elles soient, aux formalités de la transcription. Cette distinction entre les actes entre vifs et les dispositions testamentaires peut être justifiée par la considération suivante. Si la transcription eut été nécessaire pour que le droit du titulaire de la servitude devint opposable aux tiers, les héritiers auraient pu aisément rendre illusoire la libéralité faite par leur auteur. Ils n'auraient

1. Laurent, t. VIII, n° 455, *in fine*, p. 456.

2. V. Aubry et Rau, t. II, n° 174-3°, et note 9, p. 6. 4^e édition.

eu, pour cela, qu'à aliéner le fonds assujetti ou à le grever d'autres servitudes, avant que le légataire, souvent fort éloigné ou qui ignore la libéralité dont il vient d'être l'objet, eut fait transcrire le titre constitutif de la servitude qui lui a été léguée.

Sur tous ces points, les auteurs sont à peu près d'accord, mais une question qui soulève quelque difficulté est celle de savoir si les donations de servitudes doivent être transcrites. La raison de douter est tirée de l'article 11, dernier alinéa de la loi de 1855, qui porte : « Il n'est point dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant donation ou contenant des dispositions à charge de rendre ; « elles continueront à recevoir leur exécution ». Or, dit-on, sous l'empire du Code civil (art. 939), on ne transcrivait que les donations d'immeubles susceptibles d'hypothèques ; les servitudes ne pouvant être hypothéquées dans notre droit, la transcription ne s'appliquait pas aux donations qui en constituaient. Il doit en être encore de même aujourd'hui, puisque l'art. 11 nous dit que la loi nouvelle entend ne pas innover en ce qui concerne la transcription des donations.

Nous ne saurions admettre cette manière de voir. Ne parait-il pas singulier, que le législateur ait élaboré une loi spéciale en vue d'exiger la transcription pour les constitutions de droits réels à titre onéreux, sans y astreindre celles qui sont faites à titre gratuit. L'intérêt du crédit foncier ne demande-t-il pas l'apparition au grand jour de tous les actes constitutifs de servitude ? Les dangers ne sont-ils pas aussi grands pour les tiers, lorsque la constitution est faite à titre gratuit que lorsqu'elle a lieu à titre onéreux ? Qu'importe, en effet, que

le propriétaire soit dépouillé par une donation ou par une vente. Si l'acte n'est pas porté à la connaissance du public, chacun est exposé à contracter avec le donateur et à devenir sa victime. On donne ainsi un aliment à la mauvaise foi et l'on encourage la fraude. Or, ce sont là, précisément, les périls que la loi de 1855 a eu en vue de conjurer, lorsque reprenant le système de la loi de Brumaire, elle l'a élargi et développé en soumettant à la formalité de la transcription les actes constitutifs de droits réels non susceptibles d'hypothèque. Interpréter l'art. 11 dans un sens restrictif, c'est briser le principe de la publicité dans son application, c'est se mettre en contradiction avec l'esprit général de la législation nouvelle, c'est en un mot empêcher la réalisation du but qu'elle se proposait d'atteindre. Si l'on se pénètre de l'idée qui a inspiré la loi de 1855, on est amené à reconnaître que ses dispositions, en tant qu'elles sont ampliatives de celles des articles 939 et 941 du Code civil, doivent être simultanément appliquées avec ces dernières. Au surplus l'art. 2 de cette loi s'exprime d'une manière générale, il parle de tous *les actes constitutifs de servitude*. Cette expression n'implique aucune distinction entre les actes à titre gratuit et ceux à titre onéreux. Aussi, soumettons-nous les donations de servitudes à la transcription en vertu de cet article 2, partant de cette idée que, si elles ne devaient pas être transcrites, la loi du 23 mars 1855 serait boiteuse et injustifiable.

Le dernier aliéna de l'art. 11 de cette loi ne fait pas obstacle à cette interprétation. Ce texte déclare qu'« *Il n'est pas dérogé aux dispositions du Code Napoléon relatives à la transcription des actes portant dona-*

tion ou contenant des dispositions à charge de rendre. » Mais ce n'est pas déroger au Code Napoléon que d'étendre à certains actes, dont il ne s'est pas occupé, les mesures de publicité qu'il avait prescrites pour d'autres actes. L'article 939 du Code civil ne gouvernait pas les servitudes établies par donation, puisqu'il ne les comprenait pas sous ses termes. Elles restaient donc soumises au droit commun, qui était alors la non transcription ; mais ce droit commun ayant changé complètement avec la loi du 23 mars 1855, qui inaugure un système général de publicité, elles doivent subir les influences de ce changement et être soumises à la transcription. « Autrement » comme le fait très judicieusement remarquer M. Troplong, auquel nous empruntons cet argument, « ces donations seraient sans « règle et sans loi ; elles n'appartiendraient ni au Code « Napoléon qui ne s'en occupe pas dans ses dispositions « spéciales, ni au nouveau droit commun qui a succédé « à celui qui les dominait. » (1)

Depuis 1855, ceux qui veulent constituer une servitude par titre sont presque toujours obligés de dresser un acte écrit à raison de la transcription. Ce n'est pas à dire, cependant, que cet écrit soit toujours nécessaire. Si la servitude avait été constituée sans écrit, il ne s'en suivrait pas que la transcription fût irréalisable.

L'acheteur, désireux de faire transcrire son titre pour

1. Troplong, commentaire de la loi sur la transcription, t. V du *Traité des privilèges et hypothèques*, n° 112, p. 139. Voir dans le même sens : Verdier, *Transcription hypothécaire*, t. I, p. 378. Paris, 1865 ; Aubry et Rau, t. III, § 250-4^e, et note 15, p. 74 ; voir aussi t. VII, § 707 B, p. 396, et note 43. 4^e édition.

rendre son droit pleinement efficace à l'égard de toute personne, pourrait, en cas de refus de celui qui a concédé la servitude de signer un écrit constatant la convention verbale antérieurement intervenue entre eux, recourir à un jugement qui déclarerait qu'il y a eu servitude constituée verbalement. La transcription de ce jugement (art. 2, n° 3, loi du 23 mars 1855) suffirait pour valider la servitude *erga omnes*.

Si la transcription n'a pas eu lieu, la servitude est bien opposable au propriétaire du fonds servant, mais ne l'est pas aux tiers, c'est-à-dire aux personnes qui ont acquis des droits sur l'immeuble et les ont conservé conformément aux lois. C'est là, du reste, un principe qui n'a rien de spécial à la matière des servitudes, nous n'avons donc pas à le développer.

§ 3. — De la preuve du titre.

Nous n'avons envisagé, jusqu'ici, que les conditions indispensables à l'existence des servitudes établies par titre ; nous avons vu dans cet ordre d'idées que les démembrements de la propriété sont soumis, pour leur aliénation, aux mêmes formalités que la propriété elle-même ; formalités, qui varient avec la nature de l'acte juridique employé pour opérer cette aliénation. Nous avons été amenés, par là, à décider qu'en cas de constitution à titre onéreux, une convention verbale suffit à créer une servitude toutes les fois que la loi n'exige pas un écrit pour la transmission d'un droit immobilier. Il nous reste à examiner à quels procédés on devra avoir recours

pour prouver l'existence et la validité du titre générateur de la servitude. Ici encore ce sera au droit commun qu'il faudra nous reporter. Cette preuve sera faite par écrit, pour les servitudes établies à titre gratuit, à raison des formalités requises pour la validité du testament ou de la donation. L'existence de la servitude constituée à titre onéreux, au contraire, pourra être prouvée par témoins dans les cas où la loi déclare recevable la preuve testimoniale, par exemple, si la valeur de la servitude n'excède pas 150 fr. (1); s'il y a un commencement de preuve par écrit ou si le titre a été détruit par force majeure (art. 1347 et 1348). Il arrivera souvent que le demandeur ne se trouvera dans aucune des hypothèses où la preuve testimoniale est admissible. Il lui restera l'aveu, le serment et l'interrogatoire sur faits et articles; mais qui ne sait combien est précaire la ressource tirée de ces trois modes de preuve ! Aussi, si la personne à laquelle on concède une servitude est quelque peu soucieuse de ses intérêts et désire éviter des difficultés ultérieures relatives à la constatation de son droit, elle ne manquera pas d'exiger la rédaction d'un écrit. C'est ce qui se produit le plus ordinairement; d'où l'on voit que la question tant controversée de savoir si le mot titre doit s'entendre aux art. 690 et 691 d'un écrit ou d'un acte juridique quelconque générateur de servitude, n'a pas une importance pratique bien considérable; car, en fait, sinon en droit, les parties auront presque toujours grand soin et à juste raison de rédiger

1. La valeur de la servitude étant en général indéterminée, comme on ne pourra la fixer, il s'ensuit que la preuve testimoniale sera presque toujours inapplicable de ce chef.

un écrit, pour bien préciser en quoi doit consister le droit qu'elles désirent établir.

Quelles seront les mentions à insérer dans cet écrit rédigé pour servir de preuve? Devra-t-il contenir une description complète et détaillée de la servitude qu'elles se proposent de constituer, et les différentes conditions de son établissement et de son exercice comme le prescrivait l'art. 227 de la coutume d'Orléans? Nullement; ces énonciations ne sauraient être exigées à peine de nullité, puisque le Code n'a tracé ici aucune règle spéciale. Il suffira donc que l'intention des parties soit manifestée d'une façon suffisamment claire, pour qu'on puisse déterminer quelle espèce de servitude elles ont voulu établir. (Art. 1129 et suiv. du Code civil.)

Pour que l'écrit fasse preuve il faut qu'il émane du propriétaire. Vainement les titres du possesseur du fonds dominant ou ceux de ses auteurs énonceraient-ils que son héritage a un droit de servitude sur le fonds voisin. Le propriétaire de l'immeuble grevé ne peut se voir opposer ce titre à la rédaction duquel ses auteurs et lui sont demeurés étrangers. L'ancienneté même de la déclaration appuyée sur une possession conforme ne suffirait pas pour lui donner effet à l'égard des servitudes qui ne peuvent s'acquérir que par titre. Il en était différemment dans l'ancien droit, ainsi que cela ressort du passage suivant de Pothier : « Quoique le
« long usage n'attribue pas de droit de servitude, néan-
« moins si ma maison a depuis très longtemps une vue
« sur la maison voisine et que, dans les anciens con-
« trats de l'acquisition qu'en ont faite mes auteurs, il
« soit énoncé qu'elle a ce droit de vue; ces anciens
« contrats, soutenus de ma possession, feront foi du

« droit de vue contre le propriétaire de la maison voisine, quoiqu'il soit un tiers et que ses auteurs n'aient jamais été parties dans ces contrats (1) ». La maxime célèbre « *In antiquis enuntiativa probant* » servait aux anciens auteurs à traduire la vieille règle rapportée par Pothier.

A cette époque, comme on le voit, même pour les servitudes qui n'étaient pas susceptibles d'être acquises par prescription, le titre émané du véritable propriétaire pouvait être remplacé par l'énonciation contenue dans un contrat auquel il n'est pas intervenu. Pour cela deux conditions étaient nécessaires. Il fallait :

1° Que l'acte qui contenait l'énonciation fût *ancien*, c'est-à-dire eût au moins quarante ans d'existence.

2° Que pendant tout ce temps celui qui réclame la servitude eût joui de ce droit.

Il en résultait que si le propriétaire du fonds prétendu dominant en contractant avec une autre personne avait déclaré que l'héritage d'un tiers étranger au contrat est grevé de servitude au profit de son fonds; il pouvait parfois se prévaloir de cette énonciation, ce qui était contraire au principe qu'on ne peut se faire un titre à soi-même.

La maxime « *In antiquis enuntiativa probant* » est aujourd'hui universellement rejetée par la doctrine (2)

1. Pothier, *Traité des obligations*, n° 740; C.-F. Bourjon, *Droit commun de la France*, t. II, n° 11, p. 2. Paris, 1770. Ce dernier auteur admet la maxime *In antiquis enuntiativa probant* et cite à l'appui de son opinion un arrêt de la 2^e chambre des enquêtes du 19 juillet 1788.

2. Voyez Toullier, t. III, n° 603, et note 2, p. 446.. 5^e édition; Pardessus, *Servit.*, t. II, n° 268 *in medio*, pp. 51 *in fine* et 52; Demolombe,

et la jurisprudence (1). Sous le régime du Code, les énonciations qui se trouvent dans un acte, ne faisant foi qu'entre les parties, ne peuvent jamais être invoquées contre un tiers (art. 1320). Nous pouvons encore faire remarquer avec M. Demolombe (2) que la maxime *In antiquis*, ne constituait dans l'ancien droit qu'une simple présomption et que les juges ne peuvent de nos jours admettre les présomptions que dans les cas fort rares, en matière de servitudes, où la loi admet la preuve testimoniale.

Si le titre constitutif de la servitude vient à être perdu, son existence peut être prouvée par la représentation d'un titre reconnaissant. C'est à cette hypothèse que se réfère l'art. 695 dont voici les termes : « Le titre constitutif de la servitude, à l'égard de celles qui ne peuvent s'acquérir par la prescription, ne peut être remplacé que par un titre reconnaissant de la servitude et émané du propriétaire du fonds asservi. »

Ce texte indique dans quelles circonstances le titre reconnaissant pourra intervenir et quelles conditions il devra remplir pour être recevable ; mais il n'est pas conçu d'une manière absolument irréprochable. Aussi faut-il se garder d'en induire toutes les conséquences que la forme de sa rédaction paraîtrait comporter. Il semble d'abord ne se référer qu'aux servitudes qui ne peuvent s'acquérir par prescription ; d'où l'on serait

t. XII, n^{os} 752 et 753, p. 246 ; Laurent, t. VIII, n^o 150 *in fine*, p. 180 ; Aubry et Rau, t. III, p. 76 et note 24. 4^e édition.

1. Bordeaux, 14 janvier, 28 mai et 28 juin 1839, Dalloz, jurisprudence générale, v^o *Servitude*, n^{os} 995 et 996, t. XL, p. 259.

2. Demolombe, t. XII, n^o 753, p. 247.

tenté de conclure que pour les servitudes susceptibles de prescription acquisitive le titre constitutif de la servitude pourrait être remplacé par un autre titre qu'un acte reconnaîtif, ou encore que ce titre pourrait ne pas provenir du propriétaire du fonds assujéti. Or, ce serait évidemment là aller à l'encontre de l'intention qui a animé les rédacteurs de l'art. 695. Le titre reconnaîtif, cela est incontestable, peut s'appliquer à toutes les servitudes, car ce titre ne fait qu'enregistrer la volonté des parties qui peut se manifester en tout état de cause. Si l'article s'occupe seulement des servitudes imprescriptibles, c'est que, le plus ordinairement, ce sera à leur occasion qu'on aura recours à un titre reconnaîtif. En ce qui concerne les servitudes prescriptibles, en effet, la possession trentenaire tient lieu de titre et dispense d'en représenter un puisqu'elle peut se prouver par témoins. Le bénéficiaire de la servitude, qui l'a exercée pendant trente ans, n'a nul besoin d'un titre constitutif ; si jamais le propriétaire du fonds servant vient à contester son titre, il pourra dire qu'il l'a acquise par prescription. On ne demandera donc presque jamais un titre reconnaîtif à propos de ces servitudes ; aussi conçoit-on sans peine que le législateur n'ait pas fait allusion à l'hypothèse tout à fait exceptionnelle où il viendrait à en être demandé un.

L'art. 695 emploie encore une formule trop restrictive quand il dit : « *Le titre constitutif ne peut être remplacé que par un titre reconnaîtif de la servitude.* » A s'en tenir à ces expressions, on serait porté à croire que l'existence de la servitude ne peut être prouvée que par l'acte primordial ou à son défaut par l'acte reconnaîtif. Si on en tirait cette conclusion, on commet-

traît une grave erreur. A défaut d'écrit, la preuve de l'existence de la servitude peut résulter, nous l'avons vu, de l'aveu de la partie (art. 1354), de la délation du serment (art. 1357) et de la preuve testimoniale dans les cas où elle est admise. Mais comme ces divers modes de preuve, surtout le dernier, ne peuvent jamais être invoqués qu'exceptionnellement, les servitudes qui ne s'acquièrent pas par prescription, seront en général constatées par écrit. C'est tout ce qu'a voulu dire l'art. 695.

Pour fonder la preuve d'une servitude, le titre reconnaîtif doit, avant tout, ainsi que l'indique son nom, contenir la reconnaissance, l'aveu de l'existence d'un service sur tel héritage au profit d'un autre fonds déterminé. Il doit, en second lieu, émaner du propriétaire de l'immeuble asservi ou d'un de ses auteurs. C'est là une condition indispensable et facile à justifier. Le titre reconnaîtif étant destiné à remplacer le titre constitutif, l'aveu qu'il renferme ne peut faire preuve que s'il émane de la personne à qui on l'oppose; or cette personne est précisément le propriétaire du fonds servant. Ce propriétaire, d'ailleurs, ayant seul qualité pour constituer des servitudes sur son fonds, lui seul aussi doit pouvoir reconnaître l'existence de celles qui peuvent le grever.

L'acte reconnaîtif étant un simple aveu, nous lui appliquerons les règles du droit commun relatives à l'aveu. Un acte, émané du propriétaire du fonds servant et qui renfermerait cet aveu, constituerait par suite à nos yeux un titre reconnaîtif suffisant, encore que le propriétaire du fonds dominant y fut resté complètement étranger. Qu'est-ce, en effet, que le titre reconnaîtif sinon une

reconnaissance que la servitude existe. Le concours des volontés nécessaire à la constitution d'une servitude par contrat n'est nullement requis, car il ne s'agit pas ici de constituer une servitude, il s'agit uniquement de démontrer qu'il en existe une antérieurement établie, et cette preuve peut résulter d'un aveu du propriétaire du fonds servant. L'aveu est un acte essentiellement unilatéral ; nous déciderons donc qu'il n'a pas besoin en général d'être accepté pour être valable. D'ailleurs, c'est un acte conservatoire de son droit que le maître du fonds servant est toujours présumé avoir accepté d'avance.

Faut-il étendre à la matière des servitudes les règles posées à l'art. 1337 qui énumère d'une façon générale les conditions auxquelles doit satisfaire un titre reconnaissant quelconque ? Quelques auteurs (1) l'ont pensé et décident par application du paragraphe premier de ce texte que le titre reconnaissant ne fera preuve de l'existence de la servitude que s'il relate la teneur du titre constitutif. A l'appui de cette opinion, on fait remarquer que les servitudes sont soumises, pour la preuve, aux règles du droit commun établies au titre des obligations. L'art. 695, ajoute-t-on, tout en n'indiquant aucune dérogation à ces règles par rapport à la forme du titre reconnaissant d'une servitude, omet d'énumérer les conditions qu'il doit remplir ; il y a donc tout lieu de supposer qu'il a entendu s'en référer sur ce point à l'art. 1337 qui est conçu, d'ailleurs, en termes généraux.

Nous croyons, au contraire, pour notre part, avec la jurisprudence et la majorité des auteurs, que l'art. 1337

1. Mourlon, sur l'art. 695, *Répétitions écrites*, t. I, p. 609, note 2. Edition de 1880.

n'est nullement applicable. Il suffit, pensons-nous, que le titre recognitif renferme la mention de la servitude, de telle sorte que son mode d'exercice et son étendue puissent être facilement déterminés. Les servitudes en principe, nous le reconnaissons, sont soumises pour la preuve aux règles du droit commun établies au titre des obligations. Mais encore faut-il que les règles du droit commun ainsi généralisées conservent leur raison d'être, sans quoi leur extension ne se comprend plus. Or, la disposition de l'art. 1337 est tout à fait spéciale ; l'origine historique (1) de ce texte, en nous indiquant la pensée de ceux qui l'ont écrit, nous montre quel doit être son champ d'application. Les seigneurs, autrefois, avaient trouvé dans les titres recognitifs un moyen d'augmenter leur richesse et leur puissance aux dépens de leurs vassaux. Chaque fois que les fiefs et les autres tenures changeaient de titulaire, les suzerains exigeaient la reconnaissance de leur droit dans un acte recognitif et profitant de l'ignorance des temps où ils vivaient, ils imposaient de nouvelles obligations au nouveau titulaire du fief ou augmentaient celles que renfermait l'ancien titre. Dumoulin, qui figurait parmi les légistes et qui, à ce titre, combattait le régime féodal, fut frappé de cet état de choses et voulut y porter remède ; il s'inspira pour cela des règles usitées dans le droit canonique au sujet des actes confirmatifs.

Les actes confirmatifs ont avec les actes recognitifs ce

1. Voir sur cette origine historique, Toullier, t. VIII, n^{os} 473 et suiv., pp. 676 et suiv. 5^e édition. Voir aussi les autorités citées par ce jurisconsulte à la p. 677. C.-F. Laurent, cours de droit civil, t. XIX, n^o 393 *in fine*, p. 420. Edition. Paris, 1876.

point commun qu'ils constatent l'existence du droit et servent de moyens de preuve. Lorsque là se borne leur rôle, la confirmation est faite *in formâ communi* selon l'expression des canonistes et ne confère aucun droit nouveau. Mais le but principal des actes confirmatifs est de valider un acte entaché à l'origine de quelque vice. Ce résultat ne peut être atteint que si celui qui confirme a le pouvoir de disposer et s'il agit en connaissance de cause. Cette intention de l'auteur de la reconnaissance apparaît lorsque la teneur de l'acte primordial est relatée en entier dans l'acte confirmatif. La confirmation, qui satisfait à ces exigences, est dite *in formâ speciali* ou *ex certâ scientiâ*. Dumoulin fit appliquer ces principes des actes confirmatifs *in formâ speciali* aux rénovations d'investitures à propos des fiefs. Les seigneurs, obligés de relater dans l'acte recognitif la teneur de l'acte primordial de concession, se trouvèrent par là dans l'impossibilité d'aggraver à chaque renouvellement du titre les charges qui pesaient sur le vassal. Pothier voyant cette règle formulée dans les ouvrages de Dumoulin ne s'aperçut pas qu'elle n'avait de raison d'être que vis-à-vis des seigneurs; il crut y trouver l'application d'un principe général en matière d'obligations et exigea pour tout acte recognitif la reproduction de la teneur de l'acte primordial. Les rédacteurs du Code ont copié Pothier; voilà l'origine de cette règle si peu d'accord avec le droit commun. Une solution due à une erreur de Pothier ne peut s'étendre par analogie. Du moment où le titre des servitudes n'y renvoie pas en termes exprès, laissons-la, et tenons qu'il n'est pas nécessaire de reproduire dans l'acte recognitif de la servitude la teneur de l'acte constitutif. Nous devons

d'autant moins hésiter à admettre cette conclusion que, dans l'ancien droit, la simple reconnaissance de la servitude dans un acte quelconque suffisait pour constituer un acte recognitif. En effet, Pothier, dans son introduction au titre XIII de la coutume d'Orléans, n° 12, s'exprime en ces termes en nous parlant des servitudes : « Ces droits se justifient non seulement par le titre constitutif de la servitude, qu'il serait souvent difficile de rapporter, mais aussi par quelque espèce de titre que ce soit, comme partage, contrat d'acquisition, bail à ferme ou loyer, dans lequel le propriétaire de l'héritage sur lequel on prétend un droit de servitude, ou quelqu'un de ses auteurs, aurait reconnu que l'héritage est sujet au droit de servitude. » Pothier n'appliquait donc pas aux servitudes la règle qu'il avait étendue sans réflexion à toutes les obligations. Il est probable que les rédacteurs du code n'ont pas voulu se montrer plus rigoureux que le guide qu'ils ont copié, un peu à la légère, sur ce point.

Il n'y a pas lieu, d'ailleurs, de s'étonner que le titre recognitif d'une servitude ne soit pas soumis aux mêmes règles que le titre recognitif exigé en matière d'obligations ; ils ont l'un et l'autre des buts bien différents. Le titre par lequel on reconnaît une dette a, d'ordinaire, pour objet d'interrompre la prescription ; or, si telle est dans l'intention des parties son unique destination, le législateur a pu croire qu'il serait dangereux de l'admettre comme mode de preuve de l'obligation ; c'est ce qu'exprime fort bien M. Demante en ces termes : « Le débiteur a reconnu la dette pour interrompre la prescription et éviter des poursuites (art. 2248) ; quand il a plus tard acquitté son obligation, il n'a pas songé à

« retirer des mains du créancier la reconnaissance qu'il
« avait faite; peut-être ne peut-on lui reprocher de ce chef
« aucune négligence si la reconnaissance a été faite par
« son auteur et s'il en ignorait l'existence; il s'est con-
« tenté de détruire le titre primitif, le billet, et il serait
« exposé à payer une seconde fois si l'acte, qui n'avait
« été dans la pensée des parties destiné qu'à interrom-
« pre la prescription, pouvait être présenté comme
« preuve de l'obligation. » (1)

Voilà pourquoi le titre reconnaîtif, sauf exception, ne dispense pas de la représentation du titre primordial, lorsque la preuve du droit est en question. Quand l'acte reconnaîtif est rédigé en vue de l'interruption de la prescription, il mentionne uniquement l'existence de la dette, sans préciser avec détails dans quelles circonstances elle est intervenue. Que si, au contraire, ce titre relate la teneur de l'acte primordial, le soin apporté par les parties à sa rédaction prouve qu'elles l'ont destiné à servir de preuve en remplacement du titre primitif s'il venait à se perdre; et dans ce cas, la partie qui a donné cette reconnaissance probante, ne manquera pas de la retirer en acquittant son obligation. On ne peut même supposer l'hypothèse où cette précaution serait négligée par un ayant cause à qui incomberait la charge de payer la dette, car le débiteur l'aura prévenu de l'existence d'un pareil titre, ou aura laissé, tout au moins, quelque note dans ses papiers pour avertir ses héritiers.

1. Demante, *Cours de droit civil*, t. V, n° 307 bis 1, p. 581. Edition. Paris, 1865.

Les dangers que pouvait présenter l'admission trop facile d'un acte reconnaîtif comme mode de preuve d'une obligation ne se présentent plus quand il s'agit d'une servitude. L'acte reconnaîtif ici, si l'on vient à en dresser un, est principalement destiné à remplacer l'acte primordial qui a été détruit ou perdu ; on le rédigera toujours avec soin, le maître du fonds asservi ayant tout intérêt à ne pas aggraver les charges qui grèvent son héritage. L'insertion dans ce titre de mentions destinées à attirer l'attention des parties sur l'importance de l'acte donné par l'une d'elles à l'autre n'aurait donc plus sa raison d'être. Bien mieux, il est impossible, croyons-nous, de se conformer aux prescriptions de l'art. 1337. Comment veut-on que le titre reconnaîtif relate la teneur du titre constitutif de la servitude, si nous le supposons détruit ? Comment surtout exiger la représentation de ce dernier titre si nous nous plaçons dans l'hypothèse où il est perdu ? Si on pouvait le représenter, on n'aurait pas besoin de titre reconnaîtif pour faire la preuve ? — Remarquons, enfin, que l'acte reconnaîtif contient un aveu du débiteur, signé de lui, tout aussi bien que l'acte primordial ; or, d'après les vrais principes, l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait (1336). L'art. 1337 § 1 contient une dérogation à cette règle générale, gardons-nous de l'étendre en dehors de la matière des obligations, à l'occasion de laquelle il a trouvé place dans le Code, et estimons-nous heureux de ce que l'art. 695 n'y renvoie pas expressément.

On peut aussi se demander si le propriétaire du fonds dominant peut exiger tous les vingt-huit ans un nouveau titre du propriétaire du fonds servant, si nous devons appliquer à notre matière l'art. 2263 du Code civil ainsi

conçu « Après vingt-huit ans de la date du dernier titre, « le débiteur d'une rente peut être contraint à fournir « à ses frais un titre nouvel à son créancier ou à ses ayant-cause ». Nous répondrons négativement et pour deux raisons : Premièrement, nulle part au titre des servitudes nous ne trouvons une disposition semblable à l'art. 2263. En second lieu, les motifs qui justifient ce texte en matière de rente ne se retrouvent plus en ce qui concerne les servitudes, ainsi qu'il est facile de s'en convaincre. Le créancier d'une rente, s'il produit un titre ayant trente ans de date, court le risque de perdre son droit par prescription, quand bien même les arrérages n'auraient jamais cessé d'être régulièrement payés, puisque les quittances établissant le paiement restent entre les mains du débi-rentier.

Pour parer à la mauvaise foi d'un débiteur qui nierait les paiements par lui effectués, il eût fallu que le crédi-rentier fût rédiger les quittances par acte authentique conservé en minute, ou retirât de ce débiteur des écrits établissant son paiement. Or, cette précaution est très rarement prise et c'est pour permettre au créancier de se soustraire aux risques par lui courus, que le législateur l'a autorisé à réclamer un titre nouvel avant l'expiration de la prescription.

Bien différente est la situation du maître du fonds dominant en matière de servitudes; pourvu qu'il ne soit pas resté trente ans sans exercer son droit, il peut toujours en prouver l'existence, en produisant le titre primordial si ancien qu'il soit. Il établira par témoins ses actes d'exercice et démontrera ainsi que l'extinction par non-usage ne peut lui être opposée. Il dépend donc de lui d'éviter l'extinction de la servitude en ne négli-

geant pas de l'exercer. Il est cependant un cas où l'utilité du titre nouvel pourrait se concevoir en notre matière, c'est celui où le propriétaire du fonds dominant se trouverait dans l'impossibilité d'user de la servitude pendant un certain temps, soit par suite d'un long voyage qu'il se propose de faire, soit par suite d'un changement momentané de l'état des lieux. Il risque de perdre son droit, si trente années s'écoulent sans qu'il puisse à nouveau exercer la servitude. Pour l'empêcher de s'éteindre par non-usage, il pourra demander une reconnaissance dont il paiera lui-même les frais, aucun texte de loi ne mettant le propriétaire du fonds servant dans l'obligation de lui fournir un titre nouvel. En cas de refus de celui-ci de signer amiablement la reconnaissance demandée, le maître du fonds dominant pourra former contre lui une demande judiciaire en déclaration de servitude et si le propriétaire de l'héritage grevé succombe dans cette instance, il en devra supporter les frais. (1).

Ajoutons pour mémoire, avant d'en finir avec le titre, que les parties étant libres de modifier, d'étendre ou de restreindre à leur gré les servitudes, et leur volonté n'ayant d'autre limite que l'ordre public, les servitudes peuvent être constituées à terme ou sous condition. A Rome, nous l'avons vu, on était obligé de recourir à des exceptions de pacte ou de dol, pour maintenir la servitude constituée *sub conditione* par des modes

1. Laurent, t. VIII, n° 153, p. 185; Duranton. t. V, p. 592, n°s 580 et 581; Pardessus, t. II, n° 296, p. 131. *Edit.* de 1838; Aubry et Rau, t. III, p. 76, et notes 25 et 26. 4^e *édit.*

n'admettant pas la condition suspensive. Mais, heureusement, ces moyens détournés du formalisme romain, ne sont plus nécessaires dans notre droit.

SECTION II

QUI PEUT CONSTITUER UNE SERVITUDE

Pour constituer une servitude, il faut tout à la fois être propriétaire de l'immeuble grevé et avoir la capacité d'aliéner (art. 686 et 1124 civ.).

L'application de ces deux principes présente souvent, dans la pratique, des difficultés qu'il est bon de passer en revue.

Aux termes de l'article 1124 du Code civil, le mineur, l'interdit, la femme mariée, la personne pourvue d'un conseil judiciaire ne peuvent valablement constituer une servitude sur leur fonds. Mais cette incapacité ne s'applique qu'aux aliénations résultant d'actes entre vifs (donation, vente ou échange), et les effets de l'acte seront régis par les règles du droit commun, c'est-à-dire que le propriétaire du fonds dominant ne pourra opposer la nullité à l'incapable, tandis que celui-ci sera toujours admis à la faire valoir.

En outre, le titre irrégulier pourra faire l'objet d'une ratification tacite ou expresse. Cette ratification sera tacite, lorsque celui qui a traité avec l'incapable n'a pas été inquiété pendant dix ans à partir du jour où l'inca-

pacité a cessé. L'action en nullité du titre irrégulier se trouvera prescrite.

Si l'établissement des servitudes résulte de dispositions testamentaires, l'incapacité disparaît ou se trouve restreinte. En effet, la femme mariée pouvant tester (art. 226), aura la faculté d'établir une servitude par legs. Le mineur de plus de seize ans, pouvant également tester dans une certaine limite (art. 904), aura la faculté de grever son patrimoine de servitudes dans la même limite.

Ces explications fournies sur la capacité nécessaire aux contractants pour l'établissement des servitudes, nous allons aborder les questions soulevées par l'art. 686. Suivant cet article, il faut être propriétaire du fonds assujetti pour établir une servitude. La constitution de cette servitude ayant pour effet de diminuer les droits et la liberté des héritages, on comprend que le maître d'un fonds puisse seul abdiquer certains avantages compris dans son droit de propriété. Il suit de là que le simple possesseur d'un fonds, même de bonne foi, ne saurait concéder, sur le domaine dont il jouit, une servitude que le *verus dominus* serait obligé de souffrir plus tard ; celui-ci reprendra son immeuble libre de toutes les charges qu'il n'aura pas consenties.

L'héritier apparent pourra-t-il constituer valablement des servitudes sur les immeubles de la succession qu'il a recueillie ? C'est là un point controversé. La réponse dépend de la solution adoptée sur une question plus générale, celle de savoir quelle est la valeur à attribuer aux actes de l'héritier apparent. La théorie qui déclare nuls, sans distinction, tous les actes d'aliénation faits par l'héritier apparent de bonne ou de mauvaise foi,

nous semble la seule conforme aux principes (1). Nous l'appliquerons, par analogie, à la constitution des servitudes, qui, en définitive, aboutit à une aliénation partielle du droit de propriété. L'héritier apparent n'est pas propriétaire; en constituant une servitude sur un immeuble de la succession il outrepassé ses droits : « *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet* » (2). On ne peut le considérer non plus comme ayant reçu mandat de faire des actes d'aliénation aux lieu et place de l'héritier véritable. Pour vendre un immeuble ou le grever d'une charge, il faut un mandat exprès qui lui fait défaut. Il est vrai de dire que la jurisprudence et la majorité des auteurs sont d'un avis contraire et tiennent que la servitude établie à titre onéreux par un héritier apparent doit être maintenue au profit des tiers acquéreurs de bonne foi. Sans nous arrêter à discuter cette difficile matière, ce qui nous entraînerait trop loin, bornons-nous à signaler l'argument dominant mis en avant par les partisans du système qui valide tous les actes d'aliénation de l'héritier apparent; sa réfutation servira de confirmation à celui auquel nous avons cru devoir nous ranger.

Cet argument, nos adversaires l'ont emprunté à l'art. 132 du Code civil. Si l'absent ne reparait qu'après l'envoi en possession définitif, il ne recouvrera, nous dit ce texte, que le prix des immeubles aliénés par ses

1. Voyez en ce sens, Troplong, *Vente*, t. II, n° 960, p. 456, et *Traité des hypo*, t. II, n° 468, p. 182, 3^e édit.; Marcadé, sur l'art. 137, n° 4, t. I, pp. 558 et suiv.; Jeresia, *De la pétition d'hérédité en droit moderne*, pp. 331 et suiv. Bruxelles 1873.

2. Loi 54, au Dig., *De diversis regulis Juris antiqui*. L. 17.

héritiers présomptifs ; c'est donc qu'il doit respecter les aliénations faites au profit des tiers. Au point de vue du droit de disposition, on peut placer sur la même ligne, nous fait-on remarquer, l'héritier apparent qui a profité de l'inaction d'un successible plus proche que lui, dont on ignore l'existence, et les héritiers de l'absent qui ont obtenu l'envoi en possession définitif. L'absent est plus digne d'intérêt que l'héritier véritable qui a négligé de s'emparer de l'hérédité à laquelle il avait droit ; s'il doit respecter les aliénations consenties à des tiers de bonne foi, à plus forte raison devront-elles être opposables à l'héritier véritable qui n'a été écarté de la succession, à laquelle il était appelé, que par sa négligence. La disposition de l'art. 132 a voulu protéger les intérêts des tiers de bonne foi qui ont traité avec les envoyés en possession définitive des biens de l'absent. Les tiers qui ont traité avec l'héritier apparent ont été victimes d'une erreur invincible ; on ne peut leur reprocher de n'avoir pas vérifié les titres du possesseur avec lequel ils contractaient, puisque ces titres existaient connus de tous, et qu'ils donnaient au contrat toutes les apparences de la légitimité. Leur bonne foi est digne de la protection la plus complète.

Ce raisonnement ne nous touche pas, car son point de départ est erroné. On assimile deux situations fort différentes. Si l'on valide les aliénations faites par les envoyés en possession définitive, cela tient à ce qu'on ne peut laisser indéfiniment les biens de l'absent hors du commerce. Il est bien peu probable que l'absent reparaisse jamais, les plus graves raisons font présumer sa mort, puisque l'envoi en possession définitif suppose qu'il s'est écoulé trente ans depuis son départ ou ses

dernières nouvelles ou cent ans depuis sa naissance (art. 120, 121 et 129, Cod. civ. combinés). Il n'en est pas de même dans notre espèce, où il s'agit d'un héritier qui reviendra peut-être après deux ans, un an, six mois d'éloignement. Au reste, l'inconséquence des partisans de la doctrine contraire suffit à elle seule à démontrer que l'article 132 du Code civil doit être écarté du débat. MM. Aubry et Rau sont d'avis que l'art. 132 doit être étendu *a pari* et même *a fortiori* au cas où l'héritier apparent a fait des aliénations à titre onéreux qui seront opposables à l'héritier véritable, mais ils enseignent en même temps avec tous les auteurs que les aliénations à titre gratuit sont inefficaces à son égard. Or, à l'art. 132, l'absent reprend son patrimoine dans l'état où il se trouve, c'est-à-dire qu'il doit respecter notamment les aliénations à titre gratuit. Tous les commentateurs, y compris MM. Aubry et Rau, sont unanimes sur ce point. Mais n'y a-t-il pas là une contradiction manifeste ? Si l'art. 132 est applicable, il faut l'appliquer tout entier, et dès lors tenir pour opposables à l'héritier véritable les aliénations à titre gratuit faites par l'héritier apparent ; si l'on recule devant cette conséquence extrême, on avoue virtuellement que l'art. 132 n'est point du tout applicable à l'héritier apparent, peu importe qu'il ait constitué la servitude à titre onéreux ou à titre gratuit. En effet, tout ce que nous venons de dire des aliénations s'applique aux constitutions de servitudes, qui ne sont en réalité que des aliénations partielles, puisqu'elles portent non sur la propriété pleine et entière mais sur un de ses démembrements. La bonne foi du tiers acquéreur est très digne d'intérêt, mais les droits de l'héritier véritable sont plus sacrés encore que

les siens. On doit, avant tout, le respect à son droit de propriété. La loi a prévu le cas où le tiers détenteur serait de bonne foi, elle lui accorde des faveurs, mais ne dit nulle part que la propriété lui a été transférée valablement bien que la cession lui ait été faite *a non domino*.

L'usufruitier d'un fonds n'a pas non plus qualité pour le grever de servitudes. Il n'a que deux des trois éléments constitutifs du droit de propriété, le *jus utendi* et le *jus fruendi*; et l'établissement d'un droit réel affectant l'héritage même rentrerait dans le *jus abutendi*. Il peut, il est vrai, consentir des droits analogues à des servitudes, pour la durée de sa jouissance et à la condition qu'ils ne lèseront pas les droits du nu-propriétaire. Il peut, par exemple, permettre au voisin de passer dans son champ et d'y puiser de l'eau, *durante usufructu*, mais il ne faut pas voir dans ces concessions des servitudes véritables. Elles ne donnent naissance qu'à une obligation personnelle, qui, à ce titre, ne passe pas à l'acheteur du droit d'usufruit.

La solution que nous donnons pour l'usufruitier doit être étendue à l'emphytéote.

Il faut, avons-nous dit, être propriétaire pour constituer une servitude, mais est-il absolument nécessaire que le droit de propriété soit actuel et incommutable? Nous ne le pensons pas. Nous croyons, au contraire, que celui qui n'a sur l'immeuble qu'un droit temporaire ou dont la propriété n'est que conditionnelle peut aussi constituer une servitude, mais cette servitude devra disparaître avec le droit de celui qui l'a établie. En conséquence, nous validerons, avec cette restriction, les servitudes constituées par le donataire (929 et 963),

l'acquéreur à pacte de rachat, l'héritier d'un bien légué sous condition, le grevé de substitution dans les deux cas de substitutions permises (en faveur des petits-enfants du donateur, art. 1048, et en faveur des enfants des frères et sœurs du donateur, art. 1049). Les servitudes établies par ces différentes personnes deviendront définitives, si leur droit est lui-même devenu définitif. Ainsi, la servitude concédée par le grevé de substitution sera maintenue si son droit de propriété devient incommutable par suite du prédécès des appelés.

Lorsqu'un immeuble appartient à plusieurs, le consentement de tous est nécessaire pour constituer sur lui un droit réel immédiatement efficace. Mais, en vertu du principe que nous venons d'énoncer, les servitudes établies sur le fonds commun par l'un seul des communistes ne sont pas nulles, elles existent comme droits conditionnels; c'est le partage qui décidera si elles subsisteront. L'immeuble grevé vient-il à tomber dans le lot du constituant, comme il est censé avoir toujours été propriétaire, la servitude sera réputée avoir été bien établie dès l'origine et avoir toujours existé. Si l'immeuble, par l'effet du partage ou par suite d'une licitation, devient la propriété exclusive d'un autre des communistes ou d'un étranger, la servitude est réputée mal fondée, puisqu'elle a été consentie *a non domino*. Nous ne faisons qu'appliquer ici les règles nouvelles introduites dans notre droit relativement à l'effet déclaratif du partage (art. 883).

Remarquons, cependant, que la servitude promise par l'un seul des copropriétaires pourra parfois s'exercer même pendant la durée de l'indivision; c'est ainsi que le droit conféré au maître du fonds domi-

nant se trouve consolidé dès avant le partage si les autres communistes viennent à ratifier la concession.

Cette hypothèse mise à part, l'acquéreur de la servitude n'a pas d'autre moyen, pour arriver à l'exécution du contrat, que de mettre son vendeur en demeure de sortir de l'indivision; si celui-ci refuse d'agir, il sera en droit, pensons-nous, de provoquer lui-même le partage par application de l'art. 1166 du Code civil. L'art. 882 du même Code lui confère également le droit d'intervenir à ce partage à quelque époque qu'il ait lieu, pour éviter qu'il ne soit fait en fraude de ses droits, et de l'attaquer, s'il y a été procédé sans lui et au mépris de son opposition.

Les différentes personnes, auxquelles nous avons jusqu'ici reconnu le pouvoir de constituer une servitude, avaient sur le futur fonds servant au moins un droit de propriété partiel, résoluble ou conditionnel. Ne peut-on aller plus loin? Un individu, qui ne peut justifier d'aucune espèce de droit sur un héritage, se trouve-t-il dans l'impossibilité absolue de constituer une servitude sur cet héritage? Quel serait le sort de la convention par laquelle il s'engagerait à en établir une pour le cas où il deviendrait propriétaire de cet immeuble? Nous n'hésitons pas à répondre, avec MM. Aubry et Rau (1), que la promesse, ainsi faite, sera parfaitement valable; c'est toujours en définitive, la création d'une servitude sous

1. Aubry et Rau, *Cours de droit civil*, t. III, § 250 1° p. 71, de la 4^e édit.; voyez aussi Caepolla, *Tractatus de servi*, ch. XIV, n° 43: Pardessus, *Traité des Servi.*, part. 1, chap. II, section II, n° 50, t. I, p. 126, et part. 3, chap. I, section 1, § 2, n° 261, t. II, pp. 39 et suiv. 8^e édit., Paris, 1838. C.-F. Dumoulin, *Tract. sexd. leg.*, n° 13 et 60. *Opera quæ exstant Molinæi*, t. III, pp. 289 et 296. Edit. Paris, 1681; Merlin, *Répertoire*, V^e *Servitudes*, § 12, n° 1.

condition. La convention ne produira aucun effet immédiatement, mais elle implique de la part du constituant l'intention d'acheter le domaine qu'il entend grever de servitudes ; s'il met son projet à exécution, elle prendra naissance aussitôt que l'héritage qui doit jouer le rôle de fonds servant fera partie de son patrimoine. Et qu'on ne dise pas que la convention est nulle, comme dépendant d'un acte de pure volonté de la part de l'obligé (1174) ; car s'il est vrai que le constituant est bien libre d'acheter ou de ne pas acheter, il ne sera pas libre, une fois l'immeuble au nombre de ses biens, de ne pas établir la servitude. Dans certains cas même, il devra faire cette acquisition pour éviter une condamnation à des dommages et intérêts. Il serait tenu également à la réalisation de sa promesse si, par suite de donation, succession ou legs, il devenait propriétaire du futur fonds servant. La condition apposée à la convention n'est donc pas purement potestative (*mere potestativa*) ; la stipulation est valable et l'art. 1174 ne peut recevoir ici son application. Toute la question se ramène à distinguer, comme nous l'avons fait, entre la validité de l'obligation elle-même et son effet. Le concédant est tenu dès à présent, mais l'exécution de son obligation est en suspens, elle dépend de cette condition, si je deviens propriétaire.

Lorsque le propriétaire est dépouillé partiellement de son droit par l'effet d'un démembrement de la propriété, conserve-t-il encore intacte la faculté d'établir des servitudes ? La question doit être examinée dans diverses hypothèses : nous supposerons successivement que le premier droit concédé est une servitude, un usufruit, une hypothèque.

L'établissement d'une première servitude n'empêche pas d'en créer d'autres, mais à la condition qu'elles ne préjudicient pas aux droits du titulaire de celle qui a été antérieurement consentie. On peut céder le droit de passage à plusieurs personnes. Supposons, au contraire, qu'il s'agisse d'un droit de pacage ; il ne peut se comprendre que restreint à un certain nombre de têtes de bétail. Si, après avoir permis à quelqu'un de faire pâturer vingt bêtes sur un domaine, on donnait l'autorisation à une autre personne d'en mener autant sur le même pâturage, le droit de la première se trouverait considérablement amoindri. Or, aux termes de l'article 701 : « Le propriétaire du fonds débiteur de la servitude ne peut rien faire qui tende à en diminuer l'usage ou à le rendre plus incommode. » Il appartiendra aux tribunaux de décider si les servitudes de création récente sont compatibles ou non avec les servitudes antérieures, c'est là une pure question de fait.

Que décider à l'égard du nu-propriétaire, l'usufruit dont son fonds se trouve grevé s'oppose-t-il à ce qu'il puisse consentir une servitude sur ce fonds ? Nullement ; la constitution est valable dans tous les cas, mais l'exercice de la servitude peut, parfois, être retardé jusqu'à l'expiration de l'usufruit. C'est ce qui se produit lorsque la jouissance du droit concédé est de nature à causer un dommage à l'usufruitier (1) (servitudes de passage, de pacage, etc.). Lors, au contraire, que la servitude établie par le nu-propriétaire ne peut porter aucune atteinte aux droits de l'usufruitier, son exercice pourra com-

1. Art. 599.

mencer pendant la durée de l'usufruit. Nous citerons comme exemple d'une servitude de cette seconde catégorie, l'engagement pris par le nu-propiétaire de ne pas bâtir sur son terrain, ou de ne pas élever sa maison au-delà d'une hauteur déterminée. Ajoutons que l'usufruitier et le nu-propiétaire pourront d'un commun accord imposer au fonds telle servitude que bon leur semble. Si la législation romaine admettait la solution contraire, cela tenait à des considérations qui n'ont plus cours aujourd'hui.

Passons maintenant au cas où l'immeuble servant est grevé d'hypothèques et supposons que ces hypothèques soient opposables aux tiers. Bien que le droit de propriété et le droit de disposition soient restés d'une façon à peu près complète sur la tête de celui dont le fonds est grevé d'une hypothèque, son droit de constituer des servitudes se trouve restreint. Il n'est pas cependant annihilé complètement. Mais la difficulté est de concilier les intérêts rivaux du titulaire de la servitude et des créanciers hypothécaires. Il est interdit à leur débiteur de diminuer les sûretés qu'il leur a données ; or, il est telle servitude, celle par exemple de ne pas bâtir sur un terrain situé dans une ville qui enlèverait au fonds la majeure partie de sa valeur. Si le débiteur vient à établir une servitude de ce genre sur son héritage, comment les créanciers hypothécaires pourront-ils se soustraire au danger de ne pas être intégralement remboursés, leur gage se trouvant considérablement amoindri ? Quels seront d'autre part les droits du titulaire de la servitude ?

Les créanciers ne peuvent recourir aux voies prescrites aux art. 2166 et suivants, et dire au tiers acqué-

reur, payez-nous ou délaissez, parce que la servitude n'est pas susceptible d'une saisie immobilière, n'ayant pas d'existence distincte du fonds. Mais en cas d'expropriation forcée de l'héritage grevé ou de surenchère sur aliénation volontaire, ils feront insérer dans le cahier des charges une clause portant que l'immeuble sera vendu affranchi de la servitude. Ils agiront prudemment en portant cette clause à la connaissance de celui auquel la servitude a été conférée, et en le sommant d'intervenir s'il le juge convenable, ils éviteront par là des difficultés ultérieures.

Nous avons supposé jusqu'à présent qu'il s'agissait de créanciers antérieurs à la constitution de la servitude ; que faudra-t-il décider dans l'hypothèse où la vente est poursuivie à la fois par des créanciers postérieurs et par des créanciers antérieurs à son établissement ? Ici, encore, le fonds sera vendu comme libre, mais une fois les créanciers antérieurs désintéressés, le titulaire de la servitude se fera attribuer sur la portion du prix restant à distribuer par préférence aux créanciers postérieurs, une somme représentative de la plus-value obtenue par la vente de l'immeuble sous charge.

Le maître du fonds dominant, qui tient à conserver la servitude consentie au profit de son héritage par le propriétaire d'un immeuble hypothéqué, est toujours admis à réclamer son maintien en donnant caution aux créanciers pour le paiement intégral de leurs créances. Lorsqu'il y a des créanciers antérieurs et des créanciers postérieurs à la constitution, il n'a qu'à désintéresser tous les créanciers antérieurs et si la vente de l'immeuble a lieu à la requête des créanciers postérieurs seuls, le fonds sera vendu avec la servitude qui le grève.

Le tiers acquéreur de la servitude n'a pas d'autre moyen, selon nous, de conserver le droit à lui concédé, lorsqu'il n'a pas obtenu le consentement préalable des créanciers inscrits, à l'établissement de la servitude sur le fonds qui leur sert de gage. Nous ne lui reconnaissons pas le droit de purger en faisant transcrire son titre et en le dénonçant aux créanciers. La purge ne s'applique qu'aux aliénations de biens susceptibles d'expropriation forcée et d'adjudications aux enchères publiques, toutes choses qui ne se comprennent pas pour les servitudes, puisqu'elles ne peuvent faire l'objet d'une vente aux enchères. Quelques auteurs (1) reconnaissant, cependant, au tiers acquéreur d'une servitude le droit de purger, mais comme on ne peut concevoir ici la faculté pour les créanciers de surenchérir, s'il arrivait que le prix offert par le tiers acquéreur fût insignifiant et vil, les partisans de cette opinion prétendent que les créanciers auraient le droit de s'adresser aux tribunaux pour faire ordonner la fixation par experts de la valeur du droit concédé par le propriétaire, afin que le prix réel de cette concession fût distribué entre eux par ordre d'hypothèque. Nous ne croyons pas que les créanciers soient tenus de courir les risques d'une expertise. Puisque la surenchère est impossible dans notre espèce, comme nos adversaires ne peuvent se dispenser de le reconnaître, la purge ne saurait se concevoir. Les moyens détournés auxquels on est obligé de recourir dans la doctrine adverse prouvent la faiblesse du système.

1. Delvincourt, t. III, *Vol. des notes et explications*, p. 359, notes sur la p. 172 du cours. Labbé, *Revue critique*, 1836, t. VIII, p. 231, n° 12.

Nous avons indiqué, plus haut, que les personnes frappées d'incapacité, soit à raison de leur âge, de leur état civil ou de la faiblesse de leur intelligence, le mineur, la femme mariée, l'interdit, ne peuvent, au moins par acte entre vifs, constituer valablement une servitude. Demandons-nous si les administrateurs légaux de leurs biens ne sont pas investis de pouvoirs suffisants pour constituer au nom des personnes qu'ils représentent, une servitude aussi efficace que celle qui serait établie par ces derniers en supposant leur capacité.

Une objection se présente naturellement, c'est qu'ils ne sont pas propriétaires, mais cette objection tombe devant cette simple remarque qu'ils n'agissent pas en leur nom personnel, mais bien en celui des propriétaires. Il s'agit seulement de savoir s'ils sont pourvus de pouvoirs nécessaires par le fait de leur nomination aux fonctions d'administrateurs. En ce qui concerne les tuteurs et curateurs, nous ne voyons pas de bonne raison pour leur refuser le droit de constituer des servitudes sur les immeubles des mineurs ou des interdits; mais, bien entendu, ils devront se conformer, autant que faire se pourra, aux formalités prescrites aux art. 457 et suiv. du Code civil et 956 et suiv. du Code de procédure relativement à la vente des biens de mineurs. Pour démembrer l'un des immeubles du pupille le tuteur devra obtenir, comme s'il était question de l'aliéner en totalité, un avis favorable du conseil de famille, homologué par le tribunal. L'assemblée de parents ne donnera son assentiment à la création de la servitude que s'il y a avantage évident pour le mineur ou l'incapable; le tribunal déterminera ou fera fixer par experts, sur la proposition du conseil de famille, le prix minimum

auquel la servitude pourra être concédée. Mais la vente aux enchères et la publicité prescrite aux art. 459 du Code civil et 958 et suiv. du Code de procédure pour l'aliénation de la pleine propriété ne seront pas nécessaires, car elles n'offriraient pas d'utilité (1). Les servitudes, en effet, ne sont pas regardées par le législateur français, comme susceptibles de se vendre aux enchères; c'est pour cela qu'il ne permet pas de les hypothéquer, à la différence de ce qui se passait à Rome (2). Ces servitudes ne peuvent convenir qu'à un très petit nombre d'individus, l'adjudication publique ne serait donc pas de nature à faire obtenir du droit réel, une somme bien supérieure à la mise à prix. La publicité est inutile aussi; si l'on veut établir une servitude sur un immeuble du pupille, les personnes à qui elle peut convenir seront facilement averties, puisque ce sont des voisins. Enfin la constitution ne pouvant avoir lieu que s'il y a avantage évident pour le pupille (art. 457 § 2, Civ.), ce sera d'ordinaire sur l'offre d'un voisin d'acheter un droit de servitude à un prix fort élevé que le tuteur demandera au conseil de famille l'autorisation de la constituer.

On nous objectera, peut-être, que l'art. 459 Civ., n'autorise les tuteurs ou curateurs à aliéner les biens du mineur ou de l'interdit qu'à la condition qu'ils seront vendus aux enchères publiques. Mais nous pouvons répondre que l'art. 459 est plutôt énonciatif que limi-

1. Demolombe, t. VIII, n^{os} 735 et 736, p. 504; de Fréminville, *Traité de la minorité et de la tutelle*, t. II, n^{os} 735 et 736, p. 194, *édit. de 1845*.

2. Voir cette question de l'hypothèque des servitudes longuement développée dans la thèse latine, pp. 38 *in fine* et suiv.

tatif. Il prévoit spécialement le cas de l'aliénation d'un immeuble et non celui de la création d'une servitude moyennant une somme déterminée. Les formalités qu'il impose ont leur raison d'être dans la première hypothèse; elles se proposent d'assurer la vente du bien à un prix aussi avantageux que possible; mais dès qu'elles cessent de pouvoir atteindre ce résultat, le législateur ne les exige plus. C'est ainsi qu'il autorise le tuteur à accepter amiablement, sur le seul avis du tribunal, les offres faites par l'administration en cas d'expropriation pour cause d'utilité publique, d'une parcelle appartenant au pupille. Ne serait-il pas d'autre part assez étrange de supposer que les rédacteurs du Code aient permis au tuteur de vendre les immeubles du mineur et lui aient défendu de les grever d'un simple droit de vue ou de passage?

Que si l'on se refuse à reconnaître au tuteur le droit d'aliéner directement un démembrement de la propriété du pupille, faute de pouvoir le mettre aux enchères; cela n'a pas grande importance au point de vue pratique, car il pourra souvent atteindre le même résultat à l'aide d'un procédé détourné, qui présente quelque analogie avec la *cessio in jure* du droit romain. Nous aurons comme dans cette dernière un procès fictif, mais ce ne sera pas la décision des magistrats qui établira la servitude : elle résultera d'une transaction. Le propriétaire du fonds au profit duquel on veut établir la servitude intentera une action contre le mineur et alors, pour transiger, le tuteur, après s'être muni de l'autorisation du conseil de famille, de l'homologation du tribunal et de l'avis de trois jurisconsultes, accordera la servitude en question.

Le mari, pendant le mariage, est administrateur des biens de communauté et en général aussi des propres de sa femme; aura-t-il à l'égard de ces biens les mêmes droits que le tuteur vis-à-vis de ceux du pupille? Aucune difficulté ne se présentant sous le régime de séparation de biens et sous le régime dotal, soit parce que le mari n'a pas l'administration, soit parce que les immeubles sont inaliénables, nous ne nous occuperons, ici, que de l'hypothèse où les époux sont mariés en communauté.

Sous ce régime, le mari peut sans le concours de sa femme, aliéner et hypothéquer tous les biens mobiliers et immobiliers de la communauté (art. 1421); nous lui reconnaitrons le droit de constituer seul une servitude à titre onéreux sur un immeuble commun. Il lui sera, au contraire, interdit d'en établir à titre gratuit, puisque l'art. 1422 lui défend de disposer par donation des immeubles communs, si ce n'est en faveur des enfants issus du mariage. Toutefois, cette donation ne sera pas toujours sans effet, elle vaudra si la femme renonce à la communauté ou si l'immeuble grevé vient à être attribué au mari. Celui-ci est réputé dans les deux cas avoir toujours été propriétaire du fonds. Elle ne s'évanouit donc que dans une hypothèse, celle où la femme après avoir accepté la communauté voit tomber dans son lot le fonds asservi; la charge consentie par son mari ne lui est pas opposable. Même ici, tant que la communauté aura duré, le concessionnaire aura encore joui du droit à lui concédé; la femme, étrangère à l'administration, n'a pu apporter aucun obstacle à son exercice.

Que décider si la femme avait concouru à l'acte de

donation comme codonatrice? Pourrait-elle encore faire annuler la constitution de la servitude au cas où l'immeuble grevé viendrait à tomber dans son lot? La solution dépend du point de savoir si la communauté est une personne morale. Si on lui reconnaît ce caractère, la femme n'étant pas copropriétaire des biens de communauté pendant le mariage, l'adhésion donnée par elle à la donation est sans valeur; ces biens ne sont à la disposition du mari que dans les termes des articles qui établissent ses pouvoirs, une convention intervenue entre deux personnes qui ne sont pas propriétaires des biens, ne peut étendre les droits strictement délimités qu'il tient de la loi. Mais si, au contraire, on admet, avec les meilleurs auteurs (1), que la communauté ne constitue pas une personne civile, la femme copropriétaire des biens indivis peut très bien ajouter ce qui manque aux pouvoirs qu'elle est censée avoir donnés au mari par le contrat de mariage. Ce dernier système nous paraissant le seul fondé, nous déciderons que la participation de la femme à l'acte de donation constitutif de servitude rend inattaquable le droit réel ainsi constitué. La restriction apportée par la loi au droit de disposition du mari a été édictée uniquement dans l'intérêt de la femme; on ne comprend pas pourquoi il ne lui serait pas permis de renoncer à cette mesure protectrice. Il n'y a pas à objecter, comme l'a fait M. Marcadé (2), que la femme pourra subir l'ascendant de son

1. Colmet de Santerre, t. VI, n° 18 *bis* X, p. 43. *Edit.* de 1872; Aubry et Rau, t. V, § 505 et note 2, p. 277. 4^e *édit.*

2. Marcadé, sur l'art. 1421, t. V, p. 528. 3^e *édit.*

mari et autoriser trop facilement la donation; il y a nombre d'actes aussi dangereux qu'elle peut faire avec le concours de son mari. La femme est capable de tous les actes de la vie civile, quelque préjudice qu'ils lui causent. Elle peut avec l'autorisation de son mari, personne ne le nie, donner tous ses immeubles propres. Comment comprendre alors qu'elle ne puisse valider la donation d'une servitude, simple démembrement d'un immeuble de communauté. Ne doit-on pas combiner les art. 1421 et 1422 du Code civil pour les appliquer? Quand nous lisons dans l'art. 1422 : le mari ne peut disposer à titre gratuit des biens de communauté, cela doit être entendu en ce sens, qu'il ne peut disposer sans le concours de sa femme; mais, avec ce concours, nous tenons cette disposition pour valable, contrairement à l'opinion de Marcadé qui frappe tous les biens de communauté d'indisponibilité, lorsqu'il s'agit d'une aliénation à titre gratuit. La jurisprudence la plus récente s'est prononcée contre la théorie de Marcadé et s'est rangée à la solution que nous adoptons.

Nous avons raisonné jusqu'ici en supposant une donation par acte entre vifs. S'il s'agit d'une disposition testamentaire, c'est-à-dire, du legs d'une servitude compris dans un testament, l'art. 1423 du Code civil nous donne la règle à suivre. Dans le cas où l'immeuble grevé du legs tombe dans la succession du mari, par l'effet du partage, la disposition émanée de celui-ci reçoit son application complète. Dans le cas contraire l'immeuble en question est affranchi de la servitude entre les mains de la femme qui n'a pris aucun engagement; mais les héritiers du mari indemniseront les légataires de la servitude, en lui fournissant la valeur

de cette servitude par une récompense prise sur la part échue au testateur dans les biens de communauté ou même sur ses biens personnels.

Voulons-nous, maintenant, rechercher quels sont les pouvoirs du mari, pendant la communauté, sur les biens propres de la femme? Nous n'avons qu'à nous reporter à l'art. 1428 qui les énumère en ces termes : « Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme. Il ne peut les aliéner sans son consentement. » Qu'arriverait-il si le mari, outrepassant ses droits, avait conféré à un voisin une servitude de passage, par exemple, sur un immeuble personnel de sa femme? Le mari a pu tolérer le passage pendant sa jouissance; mais à la dissolution de la communauté si la femme répudie, elle pourra s'opposer à l'exercice de la servitude et demander des dommages et intérêts, au cas où son fonds aurait été détérioré. Mais que décider quand elle accepte la communauté? Pourra-t-elle alors faire disparaître la servitude, ou devra-t-elle la respecter? C'est là une question des plus controversées, mais comme le siège de la discussion n'est pas dans notre sujet, nous nous bornerons à exposer le système qui nous a paru le meilleur. Ecartons d'abord une hypothèse qui ne saurait soulever aucun doute. C'est celle où le mari n'est pas tenu à la garantie, soit parce qu'il a constitué la servitude à titre gratuit, soit parce qu'il a déclaré dans l'acte de vente que le bien grevé est un propre de la femme, soit enfin parce que le concessionnaire de la servitude connaissait cette particularité lorsqu'il a traité.

En pareil cas, il est bien certain que la femme pourra reprendre son immeuble libre de toutes charges. Si la

servitude a été constituée à titre onéreux, le tiers acquéreur pourra seulement réclamer à la communauté par la répétition de l'indû, le prix qu'il lui a payé; n'ayant pas droit à la garantie (art. 1428 et 1997 combinés), il ne peut prétendre à des dommages et intérêts à raison de son éviction, il devait s'y attendre.

La question se présente quand le mari seul, pendant le mariage, a concédé à titre onéreux et comme étant propriétaire une servitude sur un bien propre de sa femme au profit d'un tiers acquéreur de bonne foi. C'est l'aliénation d'un démembrement de la propriété faite *a non domino*. Le mari est tenu à la garantie. En vertu de l'art. 1630, outre la restitution du prix, il doit au tiers acquéreur évincé des dommages et intérêts et les frais et loyaux coûts du contrat. Quelques auteurs tiennent alors le raisonnement suivant : Le tiers acquéreur de la servitude, menacé d'éviction, aura un recours en garantie contre la communauté et par suite contre la femme qui, ayant accepté cette communauté, est tenue pour moitié des obligations contractées par le mari. Si la femme commune est tenue à garantie vis-à-vis de l'acquéreur, elle ne pourra l'évincer, c'est-à-dire reprendre son immeuble libre des charges consenties par le mari à raison de la règle « *Quem de evictione tenet actio eundem agentem repellit exceptio* » C'est là le système défendu par Pothier (1). dans son traité de la vente et par MM. Pardessus, Toullier, Troplong, Marcadé, Colmet de Santerre et Laurent (2).

1. Pothier, *Traité de la vente*, n° 180.

2. Pardessus, *Servit.*, t. II, n° 249, p. 26. Colmet de Santerre, t. VI, n° 71 bis XVII, p. 171; Laurent, t. XXII, n° 155, pp. 163 et s.; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, 1^{er} fascicule, n° 129, p. 86. Edit. de 1884.

Nous repoussons cette doctrine car elle aboutit à reconnaître au mari un droit partiel de disposition, ce qui n'a jamais appartenu à un administrateur. Nous reconnaissons à la femme qui accepte la communauté, le droit de reprendre son immeuble propre libre de toutes les charges réelles établies par le mari ; elle sera tenue uniquement de participer comme commune à la restitution du prix et aux dommages et intérêts. Pothier, dans son traité de la communauté (1), se rallie à cette opinion et abandonne le système qu'il avait développé dans son traité de la vente. Le mari, nous fait-il remarquer, a fait un acte qui lui était absolument interdit, s'il a constitué une servitude, cet acte ne peut produire aucun résultat par rapport à la femme. Le mari n'a pas agi comme chef de la communauté, il a contracté seul, en son nom personnel. L'obligation de garantie qui lui incombe n'étant pas une dette de communauté, ne devient pas une dette de la femme, et si la femme n'est pas garante, rien ne l'empêche d'évincer l'acheteur. Si elle doit restituer moitié du prix lorsqu'elle reprend la chose vendue, cela tient à ce qu'elle a bénéficié pour moitié de ce prix tombé en communauté. Mais nous allons plus loin que Pothier qui dispensait la femme acceptante de payer une part des dommages et intérêts ; nous pensons, avec Renusson et Lebrun (2) et avec la majorité des auteurs modernes (3), qu'elle en sera tenue pour moitié. Les

1. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 253.

2. Lebrun, *Traité de la communauté*, liv. II, chap. III, n°s 38 et 39, p. 262. Paris, 1754.

3. Aubry et Rau, t. V, n° 510, note 24, p. 348 et p. 349, note 26. 4^e édition.

dettes du mari sont des dettes de communauté, elles rejaillissent sur la femme acceptante. Elle n'est pas tenue en vertu d'une obligation de garantie à laquelle elle serait personnellement soumise, mais elle est tenue, comme associée, de réparer pour sa part les dommages causés par la société.

Nous pouvons aussi citer, à titre d'exemple, parmi les administrateurs de la fortune d'autrui, les envoyés en possession provisoire des biens de l'absent. L'art. 128 du Code civil leur défendant d'une manière absolue d'aliéner ou d'hypothéquer, ils sortiraient évidemment de leurs attributions en constituant, sur ces biens, des droits réels de servitudes.

SECTION III

QUI PEUT ACQUÉRIR UNE SERVITUDE

On peut poser en principe que tous ceux qui peuvent constituer des servitudes sur leurs fonds peuvent aussi en obtenir. Il résulte de ce principe que, pour acquérir une servitude, de même que pour en imposer une, il faut être propriétaire de l'héritage.

Toutefois, il est en outre certaines personnes qui pourront acquérir des servitudes au profit d'immeubles sur lesquels elles n'avaient pas le pouvoir d'en établir. Ainsi, les mineurs, les femmes mariées, sans l'autorisation de leurs maris ou de justice, quoiqu'incapables

d'accorder des servitudes sur leurs propriétés, peuvent, en général, accepter des concessions de ce genre. La servitude acquise par un incapable ne peut faire l'objet d'aucune contestation de la part du tiers avec lequel il a traité, puisque l'incapacité dont il est atteint n'a été édictée que dans son intérêt ; mais, en sens inverse, l'incapable pourra toujours se faire restituer contre la convention à laquelle il a participé, si elle lui semble désavantageuse. De même encore, les tuteurs, maris ou autres administrateurs, peuvent stipuler des servitudes au profit des fonds qu'ils sont chargés de gérer ; la loi, en effet, leur a donné mission d'améliorer les biens de la personne placée sous leur protection.

N'y a-t-il que le propriétaire actuel et irrévocable qui puisse acquérir une servitude ? Les fermiers, les locataires, les usufruitiers, les simples possesseurs de bonne ou mauvaise foi, les propriétaires sous condition suspensive ou résolutoire, les copropriétaires d'un immeuble indivis ne peuvent-ils en acquérir au profit du fonds sur lequel porte leur droit ? Ces diverses questions vont faire successivement l'objet de notre examen.

En ce qui concerne les locataires et les fermiers, on décide, d'ordinaire, qu'ils n'ont pas le droit de stipuler une servitude au profit du fonds dont ils ont la jouissance ; le bail, dit-on, n'engendrant qu'un droit d'obligation entre le preneur et le bailleur, aucun lien ne les unit au fonds, ils n'ont donc pas qualité pour stipuler en sa faveur un droit perpétuel et permanent. Mais la solution ainsi formulée ne doit s'appliquer dans toute sa rigueur que si le locataire ou le fermier a stipulé en cette qualité. S'il a agi comme *negotiorum gestor* du propriétaire ou s'il s'est porté fort pour celui-ci qui ratifie,

la question est différente; on ne voit pas de raison pour ne pas valider la stipulation à laquelle il est intervenu. La servitude sera encore acquise au fonds, pensons-nous, lorsque la concession est la condition d'une stipulation que le fermier a faite pour lui-même ou d'une donation faite à un tiers (art. 1121 Civ.) (1).

Bien différente est la situation de l'usufruitier; s'il n'a pas sur le fonds un droit aussi complet que le propriétaire, il est du moins investi d'un droit réel assez efficace qui lui confère le pouvoir de l'améliorer. Or, c'est assurément augmenter la valeur d'un immeuble que de lui acquérir des servitudes actives; aussi, admet-on, généralement, que l'usufruitier a qualité pour stipuler des servitudes à son profit. Ce point a été vivement contesté, mais il importe de restreindre la question à ses justes limites, avant d'exposer les deux théories rivales qui ont vu le jour à ce sujet (2).

Il est bien évident, tout d'abord, quelle que soit la solution adoptée, que le nu-propriétaire à l'expiration de l'usufruit n'est pas obligé de respecter la convention par laquelle l'usufruitier a stipulé un droit de passage,

1. Pardessus, *Traité des Servit.* n° 260 *in fine*, p. 438, 3^e édit.

2. Ce système dont M. Laurent (*Cours de droit civil*, t. VIII, pp. 194 et 195) est le principal défenseur, avait été professé devant lui par Duranton (t. V, n° 550, p. 545, 4^e édit.) et Taulier (*Théorie raisonnée du Code civil*, t. II, p. 433). Dans l'ancien droit, il avait été soutenu par D'Espeisses (*Œuvres*, t. I, part. 2, art. 4, sect. 1, n° 12, p. 643. *Édit.* de Lyon 1750). Mais au xvm^e siècle Guy du Rousseaud de La Combe blâmait déjà cette solution de D'Espeisses, dans une note fort détaillée insérée à la suite du passage précité de cet auteur. D'Espeisses s'était laissé entraîner par la règle *Nemo alteri stipulari potest*; l'art. 1121 est venu apporter des adoucissements à cette règle, la doctrine à laquelle elle servait de point de départ ne saurait donc plus avoir cours aujourd'hui.

par exemple, au profit du fonds. Le nu-propiétaire ne sera pas tenu d'exercer le passage et de satisfaire aux conditions du titre constitutif de la servitude, car la convention intervenue entre l'usufruitier et le propriétaire du fonds grevé est pour le nu-propiétaire *res inter alios acta*. Il n'est pas douteux, non plus, que l'usufruitier ne puisse stipuler dans son intérêt personnel un droit de passage ou de puisage sans avoir l'intention d'en faire bénéficier le fonds à tout jamais. Le droit dans ce cas, cela va de soi, ne saurait survivre à sa jouissance. La question qui fait difficulté est tout autre : il s'agit de savoir si l'usufruitier a qualité pour stipuler en faveur du fonds un droit réel de servitude susceptible de profiter, après la cessation de l'usufruit, au nu-propiétaire qui, trouvant la stipulation avantageuse, s'engagerait à satisfaire aux conditions du titre constitutif.

Dans une première opinion, on refuse complètement à l'usufruitier le pouvoir de stipuler une servitude perpétuelle en faveur de l'héritage sur lequel porte son droit et on raisonne de la manière suivante : la servitude est une charge imposée à un fonds au profit d'un fonds. La stipulation d'un tel droit doit profiter au fonds lui-même d'une manière perpétuelle. Mais comme le fonds ne peut parler au contrat, il faut qu'il y soit représenté et il ne peut l'être que par le propriétaire. Lui seul est uni au fonds par un lien perpétuel et permanent, lui seul aura donc qualité pour parler au nom du fonds et pour acquérir une servitude. Le droit de l'usufruitier est temporaire, établir une servitude perpétuelle lui est impossible, car s'il stipule une servitude, il ne stipule pas pour lui-même mais pour le propriétaire et dans ce

cas sa stipulation sera nulle comme stipulation pour autrui.

La plupart des auteurs (1) se rallient à une seconde doctrine et admettent que l'usufruitier peut acquérir une véritable servitude dont le nu-propiétaire pourra demander le maintien à l'expiration de l'usufruit, à la charge de se conformer aux conditions contenues dans le titre constitutif; mais il faut pour que cette servitude soit valablement établie que l'usufruitier ait entendu stipuler au profit du fonds et pour un temps indéfini.

Il faut aussi que l'acquisition ait eu lieu à titre onéreux. Les libéralités étant personnelles d'ordinaire, la concession d'une servitude à titre gratuit, par donation ou legs, devra être réputée faite en faveur de l'usufruitier seul et s'éteindre lorsque l'usufruit viendra à cesser. (2)

Nous donnons la préférence à ce second système qui

1. Lalaure, *Traité des servit., réelles*, liv. I, chap. VII, pp. 39 et 40. — *Edit.* Paris 1761. Merlin *Répert. v. servit.* § 11. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. III, n^{os} 1452 et 5454, pp. 297 à 300 — 2^e édit. Dijon, 1837; Demante, *Cours*, t. II, n^o 541 bis V, p. 637 *in fine*; Demolombe, t. XII, n^o 759 *in fine*, p. 255; Aubry et Rau, t. III, § 250-3^e *in fine*, p. 73, 4^e édit. C.-F. Favart de Langlade, *Répertoire, v^e Serv.*, § 2, sect. III, t. V, p. 190. Paris, 1824. Ce dernier auteur, toutefois, se montre un peu plus exigeant que les précédents; l'usufruitier d'après lui aurait bien le droit d'acquérir des servitudes véritables, mais à la condition de stipuler expressément pour lui et ses successeurs dans la possession de l'immeuble. C'est, croyons-nous, aller trop loin et faire revivre un formalisme qui n'a jamais été admis par notre Code civil; de nos jours un mot oublié ne suffit pas comme à Rome pour annuler une convention, lorsque l'accord des volontés chez les parties est certain. Pour savoir si le droit réel stipulé par l'usufruitier doit survivre à l'usufruit ou prendre fin lors de son extinction, il faut rechercher quelle a été l'intention des parties, au moment de la convention, sans s'occuper des termes employés pour l'exprimer. Il y a là à résoudre une pure question de fait et d'appréciation.

2. Aubry et Rau, t. III, § 250, note 11, p. 73. — 4^e édit.

nous paraît plus satisfaisant que le précédent, le nu-propriétaire y trouvant un avantage évident et le maître du fonds servant ne pouvant se plaindre, puisqu'il a constitué la servitude en vue du fonds et non pas en vue de la personne avec laquelle il a traité ; Il lui importe peu que cette servitude soit réclamée par le propriétaire ou par tout autre intéressé du moment que le mode d'exercice en a été fixé et que ce propriétaire respecte ce mode et cet exercice.

L'usufruitier a-t-il, comme le prétend M. Laurent, outrepassé ses droits en acquérant une véritable servitude au profit du fonds ? Nous ne le croyons pas ; il n'a fait que lui conférer une qualité avantageuse, ce qui rentre dans ses pouvoirs, il a mandat pour faire des améliorations (1) et l'établissement d'une servitude en est une. M. Laurent lui-même reconnaît que le mandat général des administrateurs légaux suffit pour leur permettre d'acquérir des servitudes en faveur des biens soumis à leur gestion. Il n'est plus besoin comme lorsqu'il s'agit de les démembrer d'être muni d'un pouvoir spécial. Pourquoi traiter si différemment le tuteur et le curateur d'une part et le mari de l'autre. Repousse-t-on l'idée d'un mandat légal, notre solution doit encore être acceptée. Elle se justifie par les principes de la gestion d'affaires. En constituant une servitude au profit du fonds ils ne font les uns et les autres que gérer l'affaire du propriétaire ; si celui-ci ratifie par la suite ils sont réputés avoir agi valablement aux lieu

1. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. III, n° 1452, p. 297.
— 2^e édit.

et place de l'incapable ou du nu-propriétaire. Le propriétaire; dit-on, à raison du caractère perpétuel et absolu de son droit, peut seul parler au nom du fonds; nous le concédons volontiers, mais ce propriétaire n'est pas obligé de faire la stipulation lui-même, il peut se faire représenter par un mandataire ou un gérant d'affaires; c'est ce qui arrive lorsque la servitude est acquise au fonds par les différentes personnes ci-dessus désignées (tuteur, mari, usufruitier). En continuant à exercer la servitude sous les conditions convenues entre l'usufruitier et le maître du fonds grevé, le nu-propriétaire ratifie tacitement la stipulation qui lui a donné naissance, or, *ratihabitio mandato equiparatur*; on peut donc dire que l'usufruitier avait mandat de constituer la servitude.

Objectera-t-on que si l'usufruitier a stipulé la servitude au nom du nu-propriétaire, la convention est inefficace, nul n'étant admis à stipuler pour autrui (1119)? La réponse à cette objection se trouve à l'art. 1121, qui permet de stipuler pour autrui lorsqu'on stipule en même temps pour soi-même. Or, il est incontestable que l'usufruitier, lorsqu'il acquiert une servitude sur l'immeuble soumis à son droit, ne stipule pas uniquement pour le nu-propriétaire; il profitera lui-même de la servitude, pendant tout le temps de sa jouissance.

La solution donnée à propos de l'usufruitier emporte *a fortiori* le droit pour le véritable propriétaire de maintenir les servitudes stipulées au profit du fonds par un précédent propriétaire, dont le droit était résoluble, tel que le grevé de substitution, l'acheteur à pacte de rachat, le donataire obligé au rapport. Leur droit bien que tem-

poraire est bien plus énergique que celui de l'usufruitier ; tant que dure leur jouissance la propriété du fonds n'a pas d'autre représentant. Ils avaient l'espoir de voir leur droit se consolider, ils ont voulu acquérir un droit perpétuel, et ont bien eu en vue en stipulant l'avantage du fonds. Enfin rien ne les a empêchés pour mieux affermir ce droit, de stipuler éventuellement pour les personnes qui un jour, peut-être, seront investies du droit de propriété à leur place.

Le point de départ admis par M. Laurent (1) le conduit à adopter la solution contraire à la nôtre relativement aux servitudes stipulées par ces propriétaires, dont le droit est résoluble. Du jour où leur propriété s'est évanouie par l'effet de la résolution, ils sont censés n'avoir jamais été propriétaires ; ils sont réputés par suite n'avoir jamais eu qualité pour parler au nom du fonds. Les servitudes stipulées par eux ne peuvent donc subsister. Bien que nous ne partagions pas la doctrine du savant professeur de l'Université de Gand, nous devons reconnaître qu'elle a le mérite de poser une règle unique et de supprimer toute controverse sur le point de savoir si tel ou tel possesseur peut établir une servitude et dans quels cas une servitude est présumée établie *in perpetuum* ou à temps.

Il est un point, cependant, sur lequel nous nous séparons des auteurs que nous avons choisis comme guides dans tout le cours de cette discussion, pour adopter la solution de M. Laurent ; c'est en ce qui concerne l'indi-

1. Laurent, t. VIII, n° 170, p. 200. Paris, 1873. Voyez, dans le même sens, Duranton, t. V, n°s 534 et 535, pp. 563 et suiv. 3^e édit.

vidu qui possède *pro suo* de bonne ou mauvaise foi. On décide généralement que ce possesseur peut acquérir une servitude pour le fonds qu'il détient et que le véritable propriétaire peut en demander le maintien, à la charge par lui d'exécuter les engagements pris à l'occasion de son établissement. L'opinion contraire nous semble pourtant préférable. En effet, les idées de mandat, de gestion d'affaires ou de stipulation faite pour un tiers comme condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même nous ont seules permis de valider la stipulation faite par l'usufruitier ou les propriétaires conditionnels, et ce sont là autant d'idées qui ne peuvent plus recevoir ici leur application. Duvergier, il est vrai, prétend que le possesseur pour acquérir la servitude a fait deux stipulations l'une principale en son nom personnel, l'autre accessoire au profit du véritable propriétaire; cette dernière stipulation est valable, dit-il, comme condition de celle qu'il a faite pour lui-même. Nous ne pouvons apercevoir cette stipulation accessoire. Le possesseur est-il de bonne foi? on ne peut dire qu'il stipule pour le propriétaire alors qu'il se croit lui-même propriétaire. S'il est de mauvaise foi, il veut le dépouiller, peut-on dire que celui qui veut dépouiller le propriétaire stipule en sa faveur? De même, pour gérer l'affaire d'une personne, il faut agir dans son intérêt; or, il est impossible de soutenir que le possesseur de mauvaise foi a en vue l'avantage du propriétaire en détenant illégalement son immeuble. Que si ce possesseur ignore les vices de son titre, il a entendu gérer sa propre affaire et non celle d'autrui, ne supposant pas qu'il serait un jour évincé. Le même motif s'oppose à ce qu'on puisse concevoir qu'il ait stipulé éventuellement

pour le propriétaire, pour le cas où son droit, qu'il croit certain, viendrait à s'évanouir. Pour soutenir que le possesseur *pro suo* peut acquérir une servitude pour le fonds qu'il détient, Toullier allègue que le propriétaire du fonds grevé ne peut révoquer son consentement, car c'est au fonds et non à la personne qu'il a concédé la servitude (1). Cette raison repoussée d'ailleurs par Duvergier, le continuateur de Toullier, n'est pas plus concluante que celle mise en avant par ce dernier jurisconsulte (2). Elle pourrait être invoquée tout aussi bien en faveur du fermier, qu'on s'accorde, en général, à regarder comme incapable d'acquérir une servitude au fonds dont il jouit, quand il n'agit pas au nom du propriétaire. Dès lors, nous ne voyons pas pourquoi on la déclarerait péremptoire dans le premier cas lorsqu'on ne daigne pas s'y arrêter dans le second.

Un copropriétaire peut valablement acquérir des servitudes au profit du fonds commun. Il a le pouvoir d'améliorer l'héritage indivis, rien ne l'empêche d'agir comme gérant d'affaires au nom de ses copropriétaires. Si, par suite du partage ou de la licitation, le fonds dominant vient à appartenir à un communiste autre que le stipulant, ce communiste en continuant d'exercer la servitude aux conditions convenues dans le titre constitutif, ratifie l'acte fait pour son compte par son coassocié en qualité de *negotiorum gestor*; mais il va de soi que ce communiste s'il le préfère, peut se refuser au maintien de la servitude. Faute de ratification, la conven-

1. Toullier, *Droit civil*, t. III, n° 576, p. 423. — 5^e édit.

2. Duvergier sur Toullier, t. II, p. 260, note a.

tion génératrice de la servitude ne peut plus produire aucun effet, son exécution ayant été subordonnée à cette condition que le fonds bénéficiaire de la servitude entrerait dans le patrimoine du stipulant à l'expiration de l'indivision, ou que le communiste, qui en deviendrait propriétaire, ratifierait la stipulation.

On peut remarquer, en outre, que la stipulation faite par l'un des copropriétaires au nom des autres est la condition d'une stipulation qu'il fait pour lui-même. Elle est donc valable aux termes de l'art. 1121.

La législation romaine, sur ce point, était plus rigoureuse que la nôtre. A Rome, la stipulation d'une servitude par l'un des communistes pour le fonds entier était toujours nulle. Il était alors rigoureusement défendu de stipuler pour autrui ; par suite, chacun des copropriétaires ne pouvait, durant l'indivision, stipuler que pour sa part indivise et le principe de l'indivisibilité des servitudes s'opposait à ce qu'une servitude ainsi établie put produire aucun effet. Le fait pour l'immeuble indivis de tomber dans le lot du stipulant ne pouvait, non plus, valider la constitution de la servitude nulle à l'origine, car à cette époque le partage étant translatif de propriété, aucune fiction ne venait effacer rétroactivement l'indivision ; les actes faits pendant le temps où l'immeuble était commun, subsistaient au contraire, avec le caractère qu'ils avaient lors de leur accomplissement.

Le propriétaire par indivis peut aujourd'hui, s'il le désire, stipuler, au profit du fonds commun tout entier, une servitude dont ses copropriétaires auront le droit de se prévaloir ; mais il peut très bien aussi en stipuler une dans son seul intérêt. Dans ce cas, cette servitude

s'évanouira nécessairement le jour où par suite d'un partage ou d'une licitation le fonds dominant, appartiendra pour la totalité à un autre que le stipulant. Mais tant que durera l'indivision, la servitude profitera au fonds tout entier, l'indivisibilité des servitudes mettant obstacle à son exercice en faveur d'une part indivise de l'immeuble. Tous les copropriétaires pourront souvent en bénéficier bien qu'elle n'ait été stipulée que dans l'intérêt d'un seul d'entre eux ; c'est ce qui arrivera par exemple, s'il s'agit d'une servitude de ne pas bâtir consentie par un voisin au profit de l'un des copropriétaires d'un terrain situé dans une ville. Pour respecter la servitude à son égard, le voisin devra s'abstenir de toute construction. De même, si l'on suppose un droit de vue établi au profit d'une maison appartenant à plusieurs, la faculté, concédée à l'un d'eux d'avoir une fenêtre à une distance moindre que la distance légale, est également avantageuse pour tous les communistes ; la maison est mieux éclairée. Rien n'empêche le copropriétaire qui a stipulé la servitude de l'exercer, puisque son exercice n'a pas lieu sur le fonds commun. La stipulation faite par l'un des communistes, loin de porter atteinte aux droits des autres, leur est, au contraire, favorable. S'il est défendu en sens inverse à l'un des associés de constituer une servitude sur le fonds commun, c'est que son exercice lèserait à la fois les droits de tous les copropriétaires.

Notons, enfin, que l'on peut très valablement acquérir une servitude pour un fonds dont on n'est propriétaire que sous condition suspensive, comme cela arrive, par exemple, pour les appelés en cas de substitution permise, on peut en acquérir une également au profit d'un

fonds sur lequel on n'a encore aucun droit même éventuel. La stipulation est censée faite sous la condition, *si j'acquiers le fonds* (1). Cette solution était déjà admise par le droit romain de l'époque classique, qui validait la stipulation par laquelle un individu propriétaire d'un terrain vide se faisait consentir une servitude au profit d'une maison qu'il se proposait de bâtir sur ce terrain (2). Si la condition se réalise, la servitude prendra naissance et persistera définitivement sans être soumise à la nécessité d'aucune ratification. Le stipulant est censé avoir été toujours propriétaire du fonds dominant ; il a donc pu valablement parler en son nom.

Il pourrait se faire, cependant, qu'une personne, après avoir stipulé une servitude au profit d'un fonds qu'elle se propose d'acheter ou d'une maison qu'elle a l'intention de construire, vienne à rester fort longtemps sans mettre son projet à exécution. En ce cas, le propriétaire du fonds débiteur de la servitude devra-t-il rester perpétuellement soumis à une charge qui, en définitive, est sans utilité aucune pour le fonds dominant, puisqu'il n'existe pas encore ? Nous ne le pensons pas. L'équité et l'intérêt social s'opposent à ce que cet état de choses persiste pendant une durée illimitée. Somme toute, une servitude ne se comprend que si elle est attachée à un fonds et si elle procure au maître de ce fonds certains avantages de nature à compenser les restrictions qu'elle apporte aux droits du propriétaire de l'immeuble assujetti. Nous déciderons, en consé-

1. Duranton, t. V, n° 552, p. 562. 3^e édit. 1834.

2. L. 23 § 1, Dig., *De Servi. præd. urba*, VIII-2.

quence, que, si le titre constitutif n'indique pas le délai dans lequel le fonds dominant devra entrer dans le patrimoine du tiers acquéreur de la servitude n'est pas indiqué dans le titre constitutif, le propriétaire du fonds servant sera en droit de le faire fixer par les Tribunaux. Et faute par le stipulant d'avoir acheté le fonds ou achevé la construction de sa maison dans le laps de temps prescrit, le promettant sera libéré.

CHAPITRE II

De la destination du père de famille.

Pour se faire une idée exacte de ce deuxième mode d'établissement des servitudes, il importe de préciser l'hypothèse dans laquelle il peut s'appliquer. On se place en présence de deux héritages réunis dans la main d'un même propriétaire, et l'on suppose qu'il existe entre eux un état de fait qui constituerait une servitude, s'ils appartenaient à deux propriétaires différents. Tant que la propriété des deux immeubles repose sur la même tête, le service que l'un d'eux peut retirer de l'autre ne constitue pas une servitude à raison de la maxime « *Nemini res sua servit.* » Il y a simplement entre eux un arrangement émané du propriétaire, qui prend le nom de *destination du père de famille*. Mais si les deux fonds viennent à être séparés à la suite de vente, partage, donation, échange ou legs ; quel sera le sort de l'arrangement créé entre les deux héritages par le propriétaire com-

mun ? Continuera-t-il d'exister et se transformera-t-il, désormais activement et passivement en un droit de servitude ; ou bien devra-t-il disparaître ?

Commençons par écarter une hypothèse qui ne saurait soulever de doute, c'est celle où l'acte qui a opéré la séparation des deux immeubles s'explique sur le maintien ou la disparition de l'état de choses constitutif de servitude. La volonté des contractants se trouve alors clairement manifestée ; quelle qu'elle soit, il faudra la respecter. Et, dans ce cas, si la servitude subsiste, elle est établie par titre.

Mais il peut arriver que l'acte de séparation ne renferme aucune clause relative au maintien ou à la suppression du service existant entre les deux fonds, ou que cet acte ne soit pas représenté. Alors s'élève la question de savoir quelle a été l'intention des parties. Pour la découvrir, on s'inspire des circonstances et lorsque la relation établie entre les deux héritages se révèle par des signes apparents et réunit certaines autres conditions, que nous aurons bientôt à énumérer, la loi interprète elle-même la volonté des parties, et suppose qu'il a été tacitement convenu entre elles, que cette relation, jusque là arrangement purement facultatif donné à son fonds par le propriétaire, se transformera après la séparation des deux immeubles en une servitude véritable.

C'est cette présomption, tirée de la volonté des parties, qui sert à justifier l'établissement des servitudes par destination du père de famille. Cette volonté, au lieu d'être expresse, comme au cas de constitution de la servitude par titre, n'est ici, il est vrai, que tacite et présumée. Mais le silence gardé au moment de la sépara-

tion des héritages, joint à l'existence du signe apparent révélateur du service entre les deux fonds, indique de la façon la plus nette l'intention des contractants de ne modifier en rien les rapports antérieurs. Le législateur doit d'autant mieux favoriser le maintien de ces rapports que la modification apportée dans l'état des lieux fait supposer qu'ils correspondent à des besoins sérieux. Ils ont été établis, d'ordinaire, pour faciliter l'exploitation des fonds; il serait contraire à l'intérêt général de supprimer subitement ces services destinés à rendre plus commode l'habitation des maisons ou l'exploitation des fonds de terre.

Si l'on peut, sans peine, rendre compte au point de vue rationnel, de l'admission de la destination du père de famille comme mode d'établissement des servitudes, il est moins facile de préciser quels sont ses cas d'application. Des doutes sérieux s'élèvent lorsqu'il s'agit d'indiquer avec quelque exactitude les principes qui la régissent. Ils proviennent de l'incertitude qui régnait dans l'ancien droit et qui règne encore aujourd'hui tant sur les hypothèses auxquelles elle s'applique que sur le caractère des servitudes qu'elle peut faire acquérir. Ces doutes naissent aussi de l'impossibilité où se sont trouvés les rédacteurs du Code de suivre ici les jurisconsultes romains, leurs guides habituels. L'expérience de leurs devanciers leur a fait défaut; ils ont rencontré dans nos anciennes coutumes, spécialement celles de Paris et d'Orléans, une institution connue sous le nom de destination du père de famille, pleine d'obscurités et source de divergences nombreuses entre les anciens auteurs. Ils en ont fait un mode nouveau de constitution des servitudes, réglementé aux articles 692, 693 et 694,

mais ils n'ont pas su par des dispositions claires et précises couper court à toutes les incertitudes qui existaient sur ce point dans l'ancien droit. Les auteurs modernes, chargés de résoudre les questions multiples auxquelles l'interprétation de ces articles a donné naissance, s'opposent à chaque instant les arguments les plus contradictoires qu'ils prétendent tous basés sur les textes du droit coutumier; aussi, devons-nous avant d'entrer dans l'examen des controverses, esquisser rapidement les origines de la destination du père de famille et passer brièvement en revue les règles de l'ancienne jurisprudence sur cette difficile matière.

A Rome, une stipulation était nécessaire pour établir une servitude entre deux fonds. La destination du père de famille, qui repose la plupart du temps sur des présomptions, se trouvait donc bannie. Un texte de Paul est formel à cet égard : « *Si quis ædes, quæ suis ædibus servirent, quum emisset, traditas sibi accepit, confusa sublataque servitus est; et si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est, alioquin liberæ veniunt* (1). »

Les auteurs qui veulent faire remonter jusqu'au droit romain les origines de la destination du père de famille, invoquent la loi 1 au Dig., *De servi. leg.*, xxxiii, 3. Il est en effet question, dans cette loi, d'une servitude établie entre deux immeubles appartenant à un même individu et qui prend naissance à sa mort, quand les deux immeubles tombent aux mains de maîtres différents. Nous ne croyons pas, toutefois, qu'on en puisse rien

1. Loi 30 *Prin.*, Dig., *De Serv. præd. urba*, VIII, 2. Voir dans le même sens la loi 10, Dig., *Commu. præd.* VIII, 4.

déduire; ce texte implique la constitution d'une servitude par voie de nécessité et nullement par destination du père de famille. Voici ce qu'il suppose : « Une personne a deux maisons juxtaposées et l'une d'elles supporte les poutres de l'autre ; le propriétaire de ces deux maisons les lègue à deux individus différents. Julien nous dit que l'état des choses sera maintenu. C'est une nécessité ; si on empêchait les poutres de l'une des maisons de s'appuyer sur le mur de l'autre, cette maison tomberait. Nous trouvons ici l'application de ce principe qu'il faut maintenir l'exécution des deux legs tels que le testateur a voulu les faire. »

La destination du père de famille était donc inconnue à Rome, où le législateur se montrait fort sévère pour l'établissement des servitudes ; on conçoit aisément que toutes les fois que l'intention de les maintenir ne se trouve pas formellement exprimée, il n'y ait pas de servitude à ses yeux. Dans les pays de droit écrit on applique les mêmes principes. Dans les pays de coutumes, au contraire, on admet une doctrine tout opposée ; c'est que l'on s'inspire surtout de cette règle, que la bonne foi doit servir de principe pour l'interprétation des conventions. Or, la bonne foi exige que l'on maintienne l'état des choses apparent ; un fonds s'est toujours vendu avec ses avantages et ses inconvénients apparents, il doit donc s'acheter avec la charge qui résulte de la servitude ou avec les avantages qu'elle procure. Aussi, voyons-nous la législation coutumière primitive disposée à ranger la destination du père de famille parmi les modes d'établissement des servitudes. L'article 91 de l'ancienne coutume de Paris, rédigée en 1510, pose le principe en ces termes : « *Par ladite coutume, dis-*

position ou destination du père de famille vaut titre. » Toutefois, les règles de la matière étaient loin d'être partout uniformes. Les différentes coutumes de France pouvaient se diviser à ce point de vue en deux classes. Nous ferons rentrer dans l'une les coutumes qui admettaient la destination du père de famille, et nous rangerons dans l'autre celles qui n'en parlaient pas, que l'on désignait alors sous le nom de coutumes muettes. Les coutumes de la première classe se subdivisaient en plusieurs catégories.

1^{re} *Catégorie.* — Dans un premier groupe, on pouvait faire rentrer les coutumes de Reims, art. 350 ; de Sedan, art. 379 ; de Dourdan, art. 72 ; d'Estampes, art. 73 ; de Melun, art. 189 ; de Montfort, art. 84 ; qui reproduisaient la règle de l'art. 91 de la coutume de Paris : *la destination du père de famille vaut titre.* Les coutumes, qui admettaient cette rédaction, considéraient la destination du père de famille, comme pouvant à elle seule faire acquérir les servitudes sans aucune distinction entre elles. La servitude se trouvait établie de plein droit au moment de la séparation des deux héritages s'il était démontré :

1° Que les deux fonds avaient appartenu au même propriétaire ;

2° Que ce propriétaire avait mis ou laissé (1) les choses dans l'état duquel résulte la servitude ;

3° Qu'enfin, lors de la séparation des immeubles, dont l'un ou tous les deux avaient changé de maître, les par-

1. Une question a été soulevée sur ce point de nos jours, mais elle n'existait pas dans l'ancien droit.

ties n'avaient pas voulu faire cesser ou avaient entendu conserver entre eux la relation préexistante.

Cette démonstration pouvait se faire par tous les moyens possibles. En aucun cas la preuve littérale n'était exigée.

2^e *Catégorie*. — Quelques autres coutumes, celles de Lodunois, chap. xxi, art. 1 ; de Touraine, art. 212, et de Normandie, art. 609, ne validaient la destination du père de famille sans preuve par écrit que dans le cas de partage. Au contraire, lorsque la séparation avait eu lieu par un acte d'aliénation, par la vente d'un des héritages, par exemple, le vendeur devait déclarer : *quelles servitudes il retient sur l'héritage, qu'il met hors ses mains, ou quelles servitudes il constitue sur le sien* (1).

Si nous insistons sur la disposition de ces trois coutumes, c'est qu'un auteur moderne s'est emparé de la distinction qu'elles établissent entre les séparations d'immeubles par partage et les autres aliénations, et en a fait la base de son système sur la conciliation des articles 693. et 694 du Code civil ; système que nous aurons bientôt à exposer.

3^e *Catégorie*. — Un troisième groupe comprenait les coutumes qui n'admettaient la destination du père de famille que si elle était prouvée par écrit.

Cette exigence d'une preuve littérale, pour démontrer l'existence de la destination du père de famille, ne fut introduite dans le droit coutumier qu'à partir de 1580. Ce fut la nouvelle coutume de Paris, dont la rédaction

1. *Coutume de Normandie*, art. 619.

remonte à cette époque, qui consacra cette innovation dans son art. 216. La disposition de cet article fut suivie par les coutumes d'Orléans, art. 228; de Calais, art. 202, et de Metz, titre 13, art. 22. L'ancienne coutume de Paris, dans son art. 91, s'était montrée moins rigoureuse, elle admettait la destination du père de famille pour toutes les servitudes sans qu'il fut jamais besoin de rapporter une preuve écrite.

Si nous recherchons quelle fut l'origine de ce changement de législation survenu en 1580, nous devons reconnaître qu'il est dû en grande partie à la connaissance du droit romain. Ce droit unanimement suivi dans les pays de droit écrit ne pénétra qu'à peu dans les provinces coutumières. Ce fut, toutefois, en s'inspirant de ses principes que Charles VIII, dans son ordonnance de 1485 sur la maçonnerie, art. 15; et Henri III, dans son Code, liv. vi, tit. xv, chap. vii, furent amenés à rejeter la destination du père de famille. Cette prohibition avait l'avantage de rendre impossible pour l'avenir des contestations fréquentes et difficiles à juger en l'absence d'un titre constitutif. Mais bien souvent aussi l'équité était violée, sans qu'un doute fut possible sur l'intention qui avait animé les parties. Cette dernière considération frappa, sans doute, les rédacteurs de la coutume de Paris en 1510, aussi firent-ils une exception à la règle *Nulle servitude sans titre*, en assimilant la destination du père de famille à un titre dans l'art. 91 de cette coutume. Cette innovation hardie devint dangereuse par le laconisme de l'article qui ne faisait aucune distinction entre les diverses espèces de servitudes et n'imposait aucun mode spécial de preuve. Les actes de tolérance entre voisins pouvaient facilement

tourner contre eux, quand il s'agissait de servitudes discontinues et apparentes, puisque des témoins ou de simples présomptions suffisaient pour prouver la destination du père de famille. Aussi, en 1580, les juriscultes chargés de la deuxième rédaction de la coutume de Paris se proposèrent-ils de mettre un terme aux discussions et aux procès auxquels avait donné lieu l'ancienne coutume de 1510. S'apercevant que les abus qui s'étaient produits devaient leur origine au laconisme de l'art. 91 ancien, ils voulurent, sans supprimer l'institution coutumière, en réglementer les cas d'application. Ils se laissèrent tout naturellement influencer dans l'accomplissement de cette réforme par le droit romain que l'on étudiait alors avec ardeur. L'article 215 nouveau n'est que la reproduction avec plus de détails de la loi 10 au Digeste, *Communia prædiorum*, VIII, 4. Cette loi portait : « *Quidquid venditor, servitutis nomine, sibi recipere vult nominatim recipi oportet...* »

Voici quels étaient les termes de l'article 215 :

Article 215. — « Quand un père de famille met hors ses mains partie de sa maison, il doit spécialement déclarer quelles servitudes il retient sur l'héritage qu'il met hors ses mains ou quelles il constitue sur le sien. Il les faut *nommément* et *spécialement* déclarer, tant pour l'endroit, grandeur, hauteur, mesure, qu'espèce de servitude, autrement toute constitution générale de servitude sans les déclarer comme dessus ne valent. » Cet article était suivi immédiatement de l'art. 216 ainsi conçu : « Destination du père de famille *vaut titre quand elle est ou a été par écrit et non autrement.* »

Tels étaient les textes qui furent substitués à l'art. 91 de l'ancienne coutume. L'article 216 s'en inspire mani-

festement quand il porte : « *La destination du père de famille vaut titre* », mais les réformateurs de la coutume la subordonnent à une condition qui, à vrai dire, n'en est que la négation, en ajoutant ces mots : « *Quand elle est ou a été par écrit et non autrement.* » Aussi, Duplessis, après avoir signalé l'innovation, ne peut s'empêcher de faire cette remarque : « *Ce qui est autant, que si on avait entièrement rayé l'article, puisqu'il se trouve ainsi que la destination du père de famille pour constituer une servitude ne sert de rien, et qu'il en faut toujours un titre par écrit.* » (1).

Après avoir indiqué les causes du changement législatif inauguré par la nouvelle coutume de Paris, il est de notre devoir d'examiner quelles en furent les conséquences. L'influence qui s'était manifestée lors de la rédaction de cette coutume s'était étendue. La coutume d'Orléans reproduisit dans ses articles 227 et 228 les termes des articles 215 et 216 de la coutume de Paris. Cet exemple fut suivi, en 1589, par la coutume de Calais et, en 1611, par la coutume de Metz.

On s'accordait en général, d'autre part, à déclarer applicables aux coutumes muettes les dispositions de la coutume de Paris que l'on regardait comme formant en quelque sorte le droit commun ; d'où cette conséquence qu'à partir de 1580 on tenait, d'ordinaire, que la destination du père de famille dans ces coutumes n'établissait pas à elle seule les servitudes ; il fallait pour les maintenir une disposition expresse du titre d'aliénation.

1. Duplessis, *Sur le titre IX de la coutume de Paris*, traité V, liv. I, p. 121. Edit. Paris, 1709.

On s'était également posé la question de savoir si l'exigence nouvelle de l'art 216 de la coutume de Paris ne devait pas être suppléée dans les six coutumes qui admettaient la destination du père de famille sans aucune preuve littérale (1). Pour soutenir l'affirmative, on faisait remarquer que ces coutumes avaient été rédigées de 1556 à 1568. Elles avaient emprunté à l'ancienne coutume de Paris le principe : « Que la destination du père de famille vaut titre », et avaient entendu s'en référer pour les détails de l'institution à l'art. 91 de cette coutume, considéré alors comme constituant le droit commun en cette matière. C'était pour se conformer aux dispositions de cet article que les rédacteurs de ces coutumes n'avaient posé aucune règle spéciale relativement à la preuve. Le droit commun qu'ils avaient choisi pour modèle venant à changer, il était naturel de supposer que ces coutumes ressentiraient le contre-coup de ce changement et qu'on leur appliquerait la règle nouvelle. On ajoutait que la coutume réformée, en insérant dans son art. 216 les mots *si elle est ou a été par écrit ou non autrement*, n'avait fait que tenir compte des dispositions de l'Ordonnance de Moulins de 1566, qui excluait la preuve testimoniale au-delà de 100 livres. Cette Ordonnance étant générale et s'étendant à toute la France, la prohibition de la preuve testimoniale contenue à son art. 54 devait s'appliquer à toutes les coutumes dont la rédaction était antérieure à 1566. Or, c'était le cas de toutes les coutumes dont nous nous occupons à l'exception de celle de Sedan. Les servitudes,

1. Voir l'énumération de ces coutumes, p. 76.

assurait-on enfin, étant des choses impossibles à estimer et ayant, dans tous les cas, une valeur supérieure à cent livres, il devenait nécessaire de prouver leur existence à l'aide d'un acte écrit, si l'on voulait respecter l'art. 54 de l'Ordonnance de Moulins.

Néanmoins, les commentateurs de ces coutumes étaient opposés pour la plupart à cette exigence, et l'opinion qui regardait la destination du père de famille comme pouvant établir des servitudes sans qu'il fut besoin d'une preuve écrite, paraît avoir fini par l'emporter (1). C'est aussi celle que nous adopterions si nous avions à prendre parti. Lalaure (2), l'un des partisans de cette seconde doctrine, fait observer, à bon droit, qu'il faut se garder d'étendre la rigueur de la loi au-delà de ses termes. Si les rédacteurs des coutumes dont nous parlons, eussent entendu, dit-il, exiger la destination par écrit, ils n'auraient pas manqué d'en faire mention dans leurs cahiers ; leur silence, à cet égard, prouve bien qu'ils ont voulu admettre la destination du père de famille purement et simplement. On peut ajouter, en faveur de ce système, que ces coutumes n'ayant subi par la suite aucun remaniement, rien ne fait supposer qu'elles se soient montrées plus exigeantes à un moment donné. La coutume de Paris a seule été modifiée. Et cette modification, nous le savons, est due bien plutôt à l'influence du droit romain, où la destination du père de famille était inconnue, qu'aux règles nouvelles sur la

1. Lamy, sur l'art. 73 de la coutume d'Estampes; Thourette, sur l'article 84 de la coutume de Montfort; Buridan sur la coutume de Reims; Champy sur la coutume de Melun.

2. Lalaure, *Traité des Servi.*, liv. III, chap. IX.

preuve inscrites dans l'Ordonnance de 1566. On s'accordait, d'ailleurs, à reconnaître que la fin de l'art. 215 avait été ajoutée non pas pour expliquer la rédaction première, mais bien pour lui donner un sens nouveau. Donc la nécessité de la preuve écrite n'est pas applicable à ces coutumes. C'était, du reste, ce qu'avaient décidé plusieurs arrêts qui, postérieurement à 1566 et même depuis la réformation de la coutume de Paris, avaient jugé que la destination du père de famille pouvait se passer de preuve écrite dans l'ancienne coutume de Paris. Lalaure pensait que cette jurisprudence devait être observée dans les six coutumes où le principe de l'art. 91 de la coutume de 1510 avait été admis, et tenait en conséquence que, dans leur ressort, le maintien de la disposition des lieux, pendant un temps immémorial, valait titre.

Cette manière de voir paraît fondée: en effet, il y avait d'autant moins lieu de leur étendre les règles nouvelles posées aux articles 215 et 216 de la coutume de 1580 que ces règles contenaient en quelque sorte la négation du principe même de la destination du père de famille, dont la nature est de reposer sur de simples présomptions. Aussi, même dans les coutumes de Paris et d'Orléans où les dispositions de ces articles devaient s'appliquer sans conteste, les commentateurs étaient loin de s'entendre sur leur véritable sens.

Les uns s'attachaient à la lettre de l'art. 215. Il était indispensable, à leurs yeux, de prouver par écrit le fait par l'ancien propriétaire des deux fonds d'avoir, pendant leur réunion dans ses mains, créé l'état de choses constitutif de servitude. Il fallait, en outre, pensaient-ils, qu'il y eut dans l'acte d'aliénation, une réserve expresse

de la servitude. Cela équivalait à la suppression de la destination du père de famille.

Les autres voulaient faire respecter le principe rappelé à l'art. 216, que la destination du père de famille vaut titre. C'est ainsi que nous voyons le président de Lamoignon, dans ses arrêtés, déplorer qu'on se fut écarté des anciens principes. Pothier, également sur la coutume d'Orléans, s'efforça de démontrer que les articles 227 et 228 n'avaient pas le sens qu'on leur donnait en général. Pour lui, l'article 227 de la coutume d'Orléans (art. 215 de la coutume de Paris) se référait au cas où les parties voulaient créer un état de choses qui n'existait pas pendant la réunion des héritages dans les mêmes mains. L'art. 228, coutume d'Orléans (art. 216 de la coutume de Paris) avait seul trait à la destination du père de famille.

Ces incertitudes dans la doctrine amenaient des hésitations dans la jurisprudence. Les magistrats qui, au début, appliquaient à la lettre le texte des nouveaux articles, effrayés des conséquences qu'ils entraînaient, cherchèrent à en adoucir la rigueur. Le Parlement de Paris, dans un arrêt célèbre du 29 mars 1760, rapporté par Lalaure, semble admettre la doctrine de Pothier. (1)

Rien n'était donc bien déterminé en cette matière. Il semble qu'instruits par l'expérience, les rédacteurs du Code auraient dû trancher toutes les difficultés soulevées sur ces questions. Il n'en est rien cependant ; bien qu'ils se soient flattés de faire disparaître toutes les obscurités, ainsi que cela ressort des discours des

1. Lalaure, *Traité des Servi.*, liv. III, chap. VIII, p. 245. Edit. Paris, 1761.

tribuns Albisson et Gillet, leurs espérances ont été déçues. Les articles 692, 693 et 694, qu'ils nous ont laissés sur la matière, soulèvent des controverses aussi ardentes que les textes de l'ancien droit, et renferment une énigme juridique dont la pénétration des interprètes n'a pu encore avoir raison. Nous allons, à notre tour, aborder l'examen de ces trois textes, en recherchant quelles sont aujourd'hui les conditions nécessaires pour l'établissement des servitudes par destination du père de famille.

DES CONDITIONS REQUISES POUR L'ÉTABLISSEMENT DES
SERVITUDES PAR DESTINATION DU PÈRE DE FAMILLE

Ces conditions sont énumérées aux articles 692, 693 et 694.

De la combinaison de ces trois textes, il résulte que la destination du père de famille pour être applicable, exige :

1° La présence de deux fonds ayant appartenu au même propriétaire ;

2° Que ces deux fonds viennent à être séparés à un moment donné, et qu'à ce moment il existe entre eux un état de fait constitutif de servitude établi ou conservé par le propriétaire commun ;

3° Que la servitude résultant de l'état des lieux présente certains caractères.

Nous allons reprendre successivement ces différentes conditions, en examinant à l'occasion de chacune d'elles à qui incombera la mission de prouver que cette condition se trouve remplie et par quel procédé cette preuve pourra être faite.

1. *Il faut que deux fonds actuellement divisés aient appartenu au même propriétaire.* — Allons-nous, nous en tenant rigoureusement à cette première condition, exiger la présence de deux héritages distincts ? Lorsque le maître d'un seul et unique fonds aura disposé deux parties de ce fonds dans un état apparent de servitude et aura aliéné l'une d'entre elles, dirons-nous qu'il ne pourra pas y avoir constitution d'une servitude par destination du père de famille ? Le bon sens protesterait contre une semblable solution. La servitude établie par destination du père de famille repose sur l'intention présumée du propriétaire ; or, cette intention n'est-elle pas aussi certaine quand le service existe entre deux parcelles du même fonds que lorsqu'il existe entre deux héritages distincts ? Quand on aliène un fonds, on l'aliène tel qu'il se comporte avec les servitudes actives ou passives qui en dépendent. L'acquéreur a dû compter sur le maintien de l'état de choses qui a frappé ses yeux. Nous croyons donc qu'il ne faut pas appliquer trop littéralement le texte ; à le lire avec attention, l'art. 693 n'exige nullement qu'il y ait eu séparation des deux héritages avant leur réunion dans les mains d'un même propriétaire. Il parle bien de deux fonds actuellement divisés, mais à quelle époque se place-t-il pour la division ? c'est après l'aliénation dont l'effet est toujours de créer deux immeubles distincts. La destination du père de famille pourra donc très bien être invoquée, même par le propriétaire d'un seul et unique fonds qui vient à vendre l'une de ses parties après l'avoir assujettie à la fraction qu'il conserve ou réciproquement.

Qui devra prouver ce fait de la réunion des deux fonds dans la même main à une certaine époque ?

Cette preuve incombera tout naturellement à celui qui entend se prévaloir de la destination du père de famille. Ce sera, en général, l'acheteur de l'héritage qui jouait le rôle de fonds dominant. Il prétend qu'une servitude existe, au profit de son fonds, sur celui qui est resté entre les mains du propriétaire ; à lui de prouver que toutes les conditions nécessaires à l'existence de son droit se trouvent réunies.

Mais à quel procédé devra-t-il recourir pour y arriver ? Lui faudra-t-il de toute nécessité, comme l'ont prétendu quelques auteurs (1), rapporter une preuve écrite de ce fait, ou tout au moins être armé d'un commencement de preuve par écrit rendant admissible la preuve testimoniale ? Nous ne le pensons pas. Une première chose nous frappe ; c'est que l'art. 693 en indiquant ce que devra prouver celui qui réclame la servitude, ne fait pas la moindre allusion à la manière dont il devra fournir cette preuve. Il ne parle ni d'écrit, ni de commencement de preuve par écrit. Son silence, à cet égard, nous semble des plus significatifs, si on veut bien rapprocher ce texte de la disposition correspondante des coutumes de Paris et d'Orléans. Ces deux coutumes prenaient soin de dire qu'elles admettaient la destination du père de famille, mais par écrit et non autrement, ce qui avait suscité des difficultés nombreuses parmi les anciens auteurs. Or, qu'a fait le législateur de 1804, en rédigeant l'art. 693 ; il a copié la première partie de l'art. 216 de la coutume de Paris qu'il avait sous les yeux, mais il a évité avec soin de repro-

1. Pardessus, *Servit.*, t. II, n° 291.

duire la partie finale de ce texte qui exigeait un écrit ; d'où il résulte que le Code revient à la théorie de l'art. 91 de l'ancienne coutume de Paris ; nous retrouvons à l'art. 692 le même principe absolu : « La destination du père de famille *vaut* titre. »

Or, si la preuve devait être fournie par écrit, ce serait en définitive exiger un titre, ce que précisément les rédacteurs n'ont pas voulu. Leur silence sur les modes de preuve à admettre montre bien qu'ils ont entendu mettre un terme aux discussions de l'ancien droit en n'exigeant pas de preuve écrite. Ils ont autorisé par là même le réclamant à établir par tous les moyens possibles le fait de la réunion des deux fonds, à un moment donné aux mains d'un seul propriétaire. (1)

L'art. 1341, aux termes duquel une preuve écrite est déclarée nécessaire toutes les fois que la valeur de l'objet sur lequel porte la contestation dépasse cent cinquante francs, ne fait pas obstacle à cette solution. En effet, le tiers qui allègue la réunion des deux fonds dans la même main, n'a pas précisément à prouver la cause qui a produit cette réunion, et c'est cette cause qui serait seule de nature à être prouvée par écrit ; il a seulement à établir le fait pour son vendeur d'avoir possédé les deux fonds à titre de propriétaire. Or, les faits, ceux de possession comme ceux de construction, sont toujours susceptibles d'être prouvés par témoins.

1. Aubry et Rau, t. III, § 252, p. 83. 4^e édition ; Demolombe, t. XII, n° 812 § 2, p. 328 ; Demante, t. II, n° 548 bis 11, p. 644 ; Marcadé, t. II, n° 655, p. 639. 7^e édition ; Toullier, t. III, n° 610, pp. 451 et suiv. 5^e édition ; Maleville, *Analyse de la discussion sur le Code civil*, Paris, 1805, t. II, p. 143 ; Duranton, t. V, n° 574, p. 585, 3^e édit.

De plus, si l'on dispense, en général, le réclamant d'apporter une preuve écrite à l'appui de sa prétention sur ce premier point, c'est qu'il a été, d'ordinaire, dans l'impossibilité de s'en procurer une. En effet, lorsque Primus achète le fonds Cornélien de Secundus qui était à la fois propriétaire de ce fonds et du fonds Sempronien, il peut bien à l'aide de son titre d'acquisition établir les droits de son vendeur sur l'immeuble qu'il détient; mais comment pourrait-il prouver par écrit que le fonds actuellement aux mains de son adversaire a fait également partie du patrimoine de son vendeur, au même moment? Le titre d'acquisition, dont nous venons de parler, ne s'applique évidemment qu'à l'immeuble aliéné; il n'est pas dans l'usage d'y insérer des clauses relatives à l'immeuble resté en dehors de la vente (1). D'où la conséquence que cet acheteur peut très bien se trouver, sans qu'il y ait de faute de sa part, dans l'impossibilité de rapporter par écrit la preuve que le fonds de son adversaire a appartenu à son vendeur en même temps que le sien propre, et la preuve testimoniale devient recevable aux termes de l'article 1348 du Code civil.

Les principes généraux, comme on le voit, s'accordent avec les précédents historiques pour faire repousser l'opinion de Pardessus et autoriser de la façon la

1. L'acheteur pourrait bien, à la vérité, faire constater dans son contrat d'aliénation que son vendeur restait propriétaire d'un autre héritage vis-à-vis duquel le fonds aliéné se trouvait investi d'une servitude active ou grevé d'une servitude passive; mais l'insertion d'une semblable clause au contrat d'aliénation constituerait un véritable titre, et nous ne serions plus dans l'hypothèse de l'établissement de la servitude par destination du père de famille.

plus large la preuve de cette première condition indispensable à l'existence de la destination du père de famille.

II. *Il faut que le propriétaire ait mis ses deux fonds dans un état de fait qui serait constitutif d'une servitude s'ils appartenait à deux propriétaires différents; et que cet état de fait subsiste au moment de la séparation des deux héritages.*

La destination du père de famille implique un arrangement fait sur un fonds d'une manière permanente, une modification en quelque sorte aussi perpétuelle que le fonds lui-même. Qui a qualité pour imposer à un fonds ces arrangements perpétuels? Le propriétaire et lui seul, car lui seul a un droit permanent et perpétuel. Il n'y a donc que lui qui ait le droit, le moyen et chez lequel on puisse présumer l'intention d'établir entre son fonds et un autre fonds ces rapports durables de perpétuelle destination. Néanmoins, comme tout arrangement qu'il a plu au propriétaire d'établir entre deux immeubles lui appartenant ne présente pas nécessairement ce caractère perpétuel et permanent, il faudra examiner avec soin quelle a été son intention lorsqu'il a créé l'état de choses constitutif de servitude. Si cet état n'a été établi que d'une manière passagère et momentanée, pour la commodité personnelle du propriétaire plutôt que pour l'usage ou l'utilité des fonds eux-mêmes, il n'y a pas destination du père de famille dans le sens attribué par la loi à cette expression. L'intention de créer un véritable assujettissement d'un fonds envers l'autre fait défaut. La loi ne dit pas, il est vrai, en termes formels, que l'arrangement émané du propriétaire doit avoir été fait *perpetui usus causâ*, mais c'est

là une conséquence de tout l'ensemble de la théorie, comme le disait le tribun Albisson dans son rapport. Un exemple fera bien saisir toute l'importance de cette nouvelle condition indispensable à l'existence de la destination du père de famille : Soit Primus, propriétaire des maisons A et B qui ont chacune une façade principale sur une rue différente et une seconde façade donnant sur un jardin attenant à l'une d'elles et séparé de l'autre par un mur. Primus a-t-il fait percer une porte dans ce mur, pour se rendre d'une de ses maisons dans l'autre, sans traverser les rues de la ville ; il n'y a pas là destination du père de famille comme l'a entendue la loi, car il est évident que le passage ainsi ménagé entre les deux maisons a été établi en vue de la commodité personnelle du propriétaire plutôt que pour l'utilité des deux fonds. Si Primus vient à vendre l'une des maisons, le droit de passage s'évanouira. Il en serait autrement si les habitants de la maison vendue ne pouvaient gagner une rue qu'en traversant le jardin conservé par Primus.

Il appartiendra aux magistrats dans chaque hypothèse, d'apprécier si l'arrangement, dont on excipe, a le caractère de perpétuité ou de permanence nécessaire pour qu'une servitude puisse en découler. Ce sera une pure question d'interprétation de volonté.

Quant au fait par le propriétaire d'avoir mis les deux fonds dans l'état apparent de servitude, la preuve devra en être rapportée par celui qui réclame la servitude. Et sur ce point, tout le monde est d'accord que la preuve testimoniale sera admissible sans condition. On ne fait en cela du reste qu'appliquer la règle de l'art. 1348. Toutes les fois qu'un individu n'a pu recourir à une

preuve littéraire sans qu'il y ait de faute à lui imputer, cet article l'autorise à faire la preuve par témoins. Or, comment le réclamant pourrait-il prouver par écrit le fait par le propriétaire d'avoir placé les deux fonds dans un rapport de servitude. Si l'on dit que cette preuve pourra résulter des mémoires ou notes des ouvriers qui ont exécuté les travaux indicateurs de la servitude, nous ferons remarquer que le propriétaire, surtout dans les campagnes, peut n'en avoir pas reçu; il peut les avoir perdus, car on n'a pas l'habitude de les conserver comme les titres de propriété eux-mêmes; enfin il peut très bien se faire que ce soit le propriétaire lui-même ou ses domestiques par ses ordres qui aient mis les choses en cet état.

Est-il raisonnable de supposer qu'un écrit a été rédigé tout exprès pour constater la destination du père de famille? Le propriétaire, au moment où il a aménagé ses fonds de telle ou telle manière, n'a pas songé, la plupart du temps, qu'ils viendraient un jour à être divisés; l'arrangement, à son égard, n'est pas constitutif de droit, il n'a à en rendre compte à personne; pourquoi dresserait-il un écrit qui ne peut présenter pour lui, à l'heure actuelle, aucune utilité? En supposant même que les mémoires dont nous parlions ci-dessus existent, ou qu'un écrit ait été dressé par le propriétaire commun des deux héritages pour constater le rapport dans lequel il les place, le tiers acquéreur de l'immeuble qui joue le rôle de fonds dominant ne pourra pas la plupart du temps se les procurer. L'immeuble servant, par exemple, appartient-il toujours à son vendeur ou à un de ses héritiers, cet écrit ou ces mémoires se trouvent entre les mains du propriétaire

actuel de cet immeuble, il se gardera bien de les communiquer au demandeur à l'action confessoire, se souciant peu de fournir des armes à son adversaire. Nous resterons donc dans la règle générale; le détenteur du fonds dominant n'ayant pas été à même de se procurer un écrit constatant le fait de l'arrangement des lieux par le propriétaire, pourra prouver ce fait par tous les moyens possibles.

Mais lui faudra-t-il absolument démontrer que c'est par le propriétaire lui-même que les deux fonds ont été mis dans l'état duquel résulte la servitude? Ne lui suffirait-il pas de prouver que cet état existait au moment de la séparation des deux héritages, sans qu'il eut à se préoccuper de la question de savoir s'il a été établi pour la première fois par le propriétaire actuel, par un de ses auteurs ou par deux propriétaires différents, avant la réunion des deux fonds dans la même main? Nous touchons ici à une question controversée, sur laquelle nous aurons à nous appesantir ultérieurement en discutant l'un des systèmes proposés pour concilier les dispositions contradictoires en apparence des articles 692 et 694. Contentons-nous de faire observer, quant à présent, qu'un parti considérable de la doctrine (1) s'attachant rigoureusement aux termes de l'art. 693, spécialement aux mots *par lui* qui figurent dans ce texte, décide que si l'état de choses existait déjà avant la réunion des deux fonds dans la même main, il n'y aura pas destination du père de famille, encore qu'il eut été

1: Marcadé sur l'art. 694, t. III, pp. 418 et suiv. Édît. de 1842.

maintenu dans la suite par le propriétaire commun des deux héritages.

Nous repousserons, quant à nous, cette solution comme contraire à l'esprit de la loi et nous déciderons, avec la majorité des auteurs, qu'il y a destination du père de famille, soit que le propriétaire actuel des deux fonds les ait mis lui-même en l'état duquel résulte la servitude, soit qu'il ait simplement maintenu l'aménagement existant entre eux lors de la réunion des deux immeubles dans sa main. La pensée du législateur, à l'art. 693, a été de continuer entre les deux héritages un état de choses approuvé tacitement par les parties. Or, en fait, l'approbation existe ; car, en laissant subsister l'assujettissement établi antérieurement entre eux, le propriétaire s'est approprié l'arrangement et est réputé l'avoir fait. Peu importe donc que la servitude ait été créée ou maintenue par le propriétaire, le résultat est le même.

L'état de fait constitutif de la servitude doit exister au moment de la séparation des deux héritages. — C'est là une condition indispensable pour qu'on puisse présumer chez le propriétaire l'intention de créer une servitude par destination du père de famille. Si l'aménagement n'existe plus au moment de la division des deux héritages, c'est bien la preuve que ce propriétaire n'avait pas eu, en le créant, une intention de perpétuelle demeure, qu'il n'avait entendu disposer ainsi ses immeubles que pour des raisons de convenance personnelle. S'il a supprimé, avant la vente, les signes révélateurs de la relation qui unissait les deux fonds, l'acheteur de l'héritage dominant n'a pu compter sur le maintien au profit de cet héritage d'un rapport de servitude dont il a ignoré l'existence.

Le maintien de l'état constitutif de la servitude entre les deux fonds au moment de la séparation des deux héritages, se trouve prouvé par cela seul qu'on a établi que la mise de ces héritages en l'état duquel résulte la servitude, est l'œuvre du propriétaire. Et, par le mot propriétaire, l'art. 693 désigne le maître des deux fonds au moment de l'aliénation de l'un d'eux; ce sont les arrangements maintenus par ce propriétaire aliéneur qui peuvent seuls devenir la base d'une acquisition de servitude par destination du père de famille.

III. *La servitude doit avoir certains caractères spéciaux, déterminés par la loi.* — L'art. 692 nous parle de servitudes continues et apparentes; l'art. 694, de signe apparent de servitude. Qu'entend-on par ces expressions? Quelques notions succinctes sur la division des servitudes en continues et discontinues, apparentes et non apparentes sont ici indispensables à la clarté de notre exposition; nous emprunterons la définition de ces servitudes aux textes mêmes du Code.

Des servitudes continues et discontinues. — « Les servitudes sont continues ou discontinues », nous dit l'art. 688. « Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuuel sans avoir besoin du fait actuel de l'homme : tels sont les conduites d'eau, les égoûts, les vues et autres de cette espèce. Les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées : tels sont les droits de passage, puisage, pavage et autres semblables ».

Cette division des servitudes dérive de l'ancien droit, mais le Code ne fait plus les sous-distinctions en usage à cette époque. Nos anciens auteurs, en effet, distin-

guaient les servitudes en quasi-continues et continues⁽¹⁾. Les premières étaient celles dont l'usage cessait par intervalle, comme pour la servitude d'égoût, bien qu'il pût en principe être continu. Les servitudes continues étaient celles qui, en réalité, s'exerçaient sans intermittence : comme, par exemple, la servitude d'aqueduc ou la servitude *non ædificandi*. L'art. 688 ne sépare plus ces deux espèces de servitudes, il les soumet à une même règle, en déclarant que la servitude continue est celle dont l'usage est ou peut être continu sans avoir besoin du fait actuel de l'homme. Ainsi, la servitude d'égoût des eaux pluviales est continue, quoiqu'il ne pleuve pas continuellement; c'est que la gouttière une fois posée est toujours prête à recueillir l'eau et que la servitude s'exerce *sine facto hominis* dès que tombe la pluie. Une servitude d'aqueduc est continue, bien que le fait de l'homme ait été nécessaire à l'origine pour l'établir; une fois l'aqueduc construit, la servitude pourra s'exercer sans que l'homme intervienne. On regardera également comme continue une servitude de prise d'eau pour l'irrigation, encore que l'on soit obligé de lever une vanne chaque fois que l'on veut irriguer ses prairies, parce que l'obstacle une fois levé l'eau coule d'elle-même. Le fait de l'homme, dans ce cas, ne constitue pas l'exercice de la servitude, il ne fait que le préparer. Pour que la servitude soit discontinue, au contraire, il faut que le fait de l'homme actuel immédiat soit nécessaire à son exercice, comme, par exemple, le fait de mener paître ses bestiaux sur le fonds d'autrui.

1. Cæpolla, *Tractatus de servit.*, trad. 1, cap. XIX, n° 2, pp. 41 et 42. — Edit. Lausanne, 1737.

Tant que le bétail du propriétaire du fonds dominant reste sur l'héritage du voisin, la servitude est exercée, mais elle cesse de l'être aussitôt que la dernière bête a quitté cet héritage.

. Des servitudes apparentes et non apparentes. —
Cette seconde division des servitudes nous vient, comme la précédente, de l'ancien droit. A cette époque, les servitudes apparentes étaient connues sous le nom de servitudes visibles ou patentes et les servitudes non apparentes d'aujourd'hui étaient appelées alors servitudes cachées ou latentes. Le Code définit ces servitudes à l'art. 689 dont voici les termes : « Les servitudes sont apparentes ou non apparentes. Les servitudes apparentes sont celles qui s'annoncent par des ouvrages extérieurs, tels qu'une porte, une fenêtre, un aqueduc. Les servitudes non apparentes sont celles qui n'ont pas de signe extérieur de leur existence, comme, par exemple, la prohibition de bâtir sur un fonds ou de ne bâtir qu'à une hauteur déterminée » (1).

1. On peut reprocher à l'art. 689 de manquer de précision. Il oppose les servitudes apparentes aux servitudes non apparentes. Il semble que les définitions qu'il en donne auraient dû cadrer entre elles ; il n'en est rien cependant. Dans le n° 1 de l'art. 689 l'apparence paraît subordonnée à l'existence d'ouvrages qui impliquent une intervention de l'homme. Au contraire, quand la loi définit les servitudes non apparentes, art. 689 § 2, elle ne s'attache plus qu'à la non existence d'un signe extérieur. Un signe est moins qu'un ouvrage ; à laquelle de ces deux définitions nous attacherons-nous ? Ce sera à la dernière. Quand on se reporte à l'expression naturelle d'apparence, ce terme implique un signe extérieur et nullement un ouvrage de l'homme. Telle est l'interprétation qu'a consacrée la Cour de cassation dans un arrêt du 8 novembre 1854 (Dalloz, périodique, 1854, 1, 427). Pour que la servitude réponde aux exigences de l'art. 689, il faut, dit l'arrêt, qu'elle se trouve manifestée ostensiblement par des signes apparents et certains. Et d'ailleurs, dans l'article 694 le législateur vient lui-même rectifier la

Les deux divisions des servitudes que nous venons d'indiquer peuvent se combiner entre elles. On décide dans l'opinion dominante, à laquelle nous croyons devoir nous ranger, que la servitude pourra être en même temps continue et apparente ou bien continue et non apparente, discontinue et non apparente ou discontinue et apparente. Comme exemple des servitudes continues et apparentes, nous citerons les servitudes de vue, d'égoût et d'aqueduc. Les servitudes négatives (servitudes *non altius tollendi* ou *non ædificandi*) seront à nos yeux le type des servitudes continues non apparentes. Nous tiendrons pour discontinues et non apparentes les servitudes de passage, de pacage, de puisage, lorsqu'aucun signe extérieur ne viendra révéler leur existence. Et nous déclarerons, enfin, apparentes et discontinues ces mêmes servitudes de passage, de pacage, de puisage, lorsqu'elles se manifesteront par un signe extérieur comme une porte, une barrière, un chemin conduisant à la fontaine ou au pâturage soumis au service.

Tout le monde s'accorde à reconnaître l'existence des trois premières combinaisons que nous venons de signaler, mais il n'en est pas de même de la quatrième. Certains auteurs pensent qu'il n'existe pas de servitudes à la fois discontinues et apparentes. L'apparence d'après eux entraîne nécessairement la continuité. Ils prennent pour exemple une servitude de passage manifestée par une porte percée dans un mur, ou qui s'exerce

définition de l'art. 689; faisant l'application de la distinction, il n'exige nullement un ouvrage de l'homme pour que la servitude soit apparente mais seulement un signe extérieur. Telle a donc bien été la véritable expression de sa pensée.

sur un chemin empierré et entretenu, et déclarent que cette servitude par cela seul qu'elle est apparente est en même temps continue. A l'appui de leur solution, ils font observer qu'il n'y a aucun motif de voir une servitude discontinue dans un passage manifesté par une porte alors qu'on déclare continue la servitude de vue manifestée par une fenêtre. Dans les deux cas l'ouverture pratiquée dans le mur démontre clairement que la servitude peut être exercée à chaque instant, et s'il est vrai qu'on ne passe pas continuellement, il est vrai également que le maître du fonds dominant ne demeure pas perpétuellement à sa fenêtre pour regarder ce qui se passe chez son voisin.

Nous repoussons néanmoins, ce système, parce qu'il nous paraît difficilement conciliable avec le texte des articles 688 et 689. En effet, l'art. 688 nous cite précisément comme exemple des servitudes discontinues, une servitude de passage et l'art. 689 nous dit qu'une servitude manifestée par un signe extérieur tel qu'une porte est apparente. D'où cette conclusion que pour le législateur la servitude de passage manifestée par une porte est discontinue et apparente.

Ces rapides indications données sur les deux divisions des servitudes qui présentent quelque importance au point de vue de leur établissement, voyons quels sont les caractères exigés d'une servitude pour qu'elle puisse s'acquérir par destination du père de famille. Pour découvrir ces caractères nous devons nous reporter aux articles 692 et 694.

L'art. 692 porte : « La destination du père de famille vaut titre à l'égard *des servitudes continues et apparentes.* » Il implique bien, ce semble, que la destination

du père de famille ne s'applique qu'aux servitudes à la fois continues et apparentes. Et cependant l'art. 694 ajoute presque aussitôt : « Si le propriétaire de deux héritages entre lesquels il existe *un signe apparent* de servitude dispose de l'un des héritages sans que le contrat contienne aucune convention relative à la servitude, elle continue d'exister activement et passivement en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné. » N'est-ce pas là une hypothèse dans laquelle il y a destination du père de famille ? Pourquoi se contente-t-on de l'apparence à cet art. 694, tandis qu'on exige à l'art. 692 la double condition de l'apparence et de la continuité ? Comment lever l'antinomie qui existe à première vue entre ces deux textes ? De nombreux systèmes ont été proposés tour à tour par les commentateurs pour les concilier.

Nous devons faire remarquer, toutefois, avant d'aborder l'examen de ces divers systèmes, que la difficulté ne peut surgir que si l'on admet avec nous l'existence de servitudes à la fois discontinues et apparentes. En effet, si l'on décide avec les auteurs dont nous retracions il y a quelques instants la doctrine, que toute servitude apparente est nécessairement continue, l'art. 694 ne contient pas une dérogation à l'art. 692. Il exige l'apparence ; or, l'apparence ne pouvant aller sans la continuité, il soumet par là même les servitudes aux mêmes exigences que l'art. 692. La condition de continuité se trouve sous-entendue ; et dès lors l'art. 694 n'est plus, comme on le soutient dans une théorie que nous aurons bientôt à exposer, que le développement de l'art. 692.

Tient-on, au contraire, comme nous le faisons, à l'imitation du plus grand nombre des auteurs, que la servitude

apparente peut-être parfois discontinue ? Il y a lieu de se demander si la destination du père de famille est applicable aux seules servitudes continues et apparentes aux termes de l'art. 692, ou si elle peut aussi faire acquérir une servitude discontinue pourvu que la condition d'apparence se trouve remplie.

Les jurisconsultes, avons-nous dit, ont tenté maintes fois de rendre compte des dispositions contenues aux art. 692 et 694, mais nous devons reconnaître qu'aucune des doctrines émises jusqu'à ce jour n'est pleinement satisfaisante. Quoi qu'il en soit, les explications déjà produites sont trop nombreuses, pour que nous ayons l'insigne témérité de risquer à notre tour une interprétation nouvelle ; nous n'avons pas la prétention de réussir à élaborer un système à l'abri de tout reproche, là où tant d'éminents jurisconsultes ont échoué. Nous nous contenterons de donner une analyse consciencieuse des diverses opinions qui sont professées sur cette question ; nous verrons les avantages présentés par chacune d'elles, nous apprécierons la valeur des critiques que s'opposent les partisans des doctrines contraires, et puisqu'il est impossible d'arriver à un système parfait, nous nous rangerons à celui qui, tout en faisant une part d'application à chacun des deux textes sur lesquels on discute, sera en même temps le plus conforme aux données de la raison.

Si nous nous plaçons au point de vue rationnel, nous nous apercevrons sans peine que l'apparence est la considération principale qui sert à justifier la constitution tacite de la servitude. Nous avons dit, en effet, que la destination du père de famille repose sur la volonté présumée des parties. Elle est fondée sur cette idée

qu'un fonds se vend tel qu'il se comporte ; or, l'acquéreur ne voit que les signes apparents. La continuité n'offre donc guère d'intérêt pour l'établissement de la servitude par destination du père de famille. Aussi le meilleur système sera-t-il celui qui fera la part la plus large à l'art. 694 et qui restreindra le plus possible l'application de l'art. 692 tout en lui reconnaissant une certaine utilité.

Dans une première opinion, on reconnaît qu'il y a contradiction entre l'art. 692 et l'art. 694 et l'on déclare que l'art. 694 est seul applicable en tenant le raisonnement suivant : Une loi postérieure abroge d'ordinaire les dispositions législatives antérieures dans tout ce qu'elles ont d'incompatible et de contraire avec la loi nouvelle ; or, l'art. 694 est postérieur à l'art. 692, il ne parle plus de la continuité, c'est qu'il a entendu supprimer cette condition. D'où cette conclusion que les servitudes simplement apparentes seraient susceptibles d'être constituées par la destination du père de famille. C'est le système le plus simple et le plus ancien, mais nous le repoussons, sans hésitation aucune, parce que au lieu d'interpréter les textes il les modifie. Il est évidemment inadmissible de supposer que le législateur ait écrit l'art. 692 et l'ait maintenu au Code pour l'annuler presque aussitôt en insérant l'art. 694. On pourrait faire observer encore, s'il était nécessaire, que les art. 692 et 694 faisant partie du même titre ont été votés ensemble ; il est donc inexact de dire que l'un d'eux est postérieur à l'autre.

Un second système prend le contre-pied du précédent, c'est celui de MM. Delvincourt, (1) Favart de Lan-

1. Delvincourt, t. I des notes et explications, note 6 sur la p. 172.

glade, (1) Toullier (2). Ces auteurs enseignent que l'art. 694 est la suite et le développement de l'art. 692, et son application dans un cas spécial. Il ne faudrait y voir qu'une décision d'espèce à l'imitation de celles données par les jurisconsultes Romains. On devrait appliquer à l'exemple, la règle posée à l'art. 692 et suppléer la condition de continuité. Si elle se trouve omise à l'art. 694, c'est par suite d'un simple oubli du législateur dont il ne faut pas exagérer l'importance. On pouvait reprocher au système ainsi formulé de ne pas rendre suffisamment compte de la présence au Code de l'art. 694, auquel il ne reconnaît en définitive aucune utilité. Une savante dissertation de notre vénéré Doyen, M. Villequez, insérée dans la revue historique de 1859, est venue faire tomber cette critique (3).

M. Villequez a repris le système de Toullier et Delvincourt en le complétant. L'art. 694 renferme bien pour lui comme pour ces auteurs le développement de la règle générale contenue à l'art. 692, mais il lui attribue une utilité indépendante et spéciale. Pour découvrir cette utilité, il faut, nous dit-on, dans cette nouvelle théorie se reporter aux précédents historiques. L'ancienne coutume de Paris de 1510 avait posé ce principe que la destination du père de famille valait titre pour toutes les servitudes sans distinction et cela sans qu'aucune réserve eût été faite dans l'acte de séparation des im-

1. Favart de Langlade, Réper. V^e Servi. Section III, § 4, t. V, p. 192. — Paris, 1824.

2. Toullier, t. III, n° 613, p. 457. 5^e édition.

3. *Revue historique de droit français et étranger*, 1859, t. V, pp. 197 et suiv.

meubles. Nous connaissons les inconvénients (1) entraînés par de l'admission de la destination du père de famille dans une aussi large mesure. Pour couper court aux abus qui s'étaient produits, la coutume de 1580 décida dans son art. 215, que désormais la destination du père de famille ne vaudrait titre qu'à la condition d'une réserve expresse dans l'acte de séparation des deux fonds, aucune distinction du reste n'étant faite entre les diverses espèces de servitudes. Cette réserve expresse imposée par l'art 215, équivalait à un titre ; par suite, la destination du père de famille était supprimée en fait.

Les rédacteurs du Code désirant corriger la coutume de Paris de 1580, qui était allée trop loin dans ses exigences, adoptant les idées de Pothier et du président de Lamoignon, et voulant mettre fin aux controverses sur ce point, écrivirent l'art. 692 qui fait revivre l'art. 91 de la coutume de 1510. Ils avaient sous les yeux en écrivant ce texte l'art. 216, dont ils abrogent les mots « *s'il est ou a été par écrit et non autrement,* » par cela seul qu'ils ne les reproduisent pas. La destination du père de famille est devenue un mode nouveau d'établissement des servitudes ; elle peut se prouver de toutes les manières. Il n'est plus nécessaire de produire un écrit. La disposition de l'art. 215 qui prescrivait au moment de l'aliénation déclaration expresse par le père de famille *de la servitude qu'il voulait réserver ou de celle qu'il voulait établir*, n'avait plus de raison

1. Voir ces inconvénients énumérés dans notre historique de la matière, pp. 78 et s.

d'être. L'art. 694, qui correspond à l'art. 215, a précisément eu pour but de l'abroger. Il a seulement voulu dire qu'il n'est plus nécessaire de rien réserver ou de rien établir par l'écrit rédigé lors de l'aliénation ; la destination du père de famille suffira.

Il n'y a qu'à comparer les termes des art. 215 et 216 d'une part et 692 et 694 de l'autre, pour être convaincu de l'exactitude de la corrélation ci-dessus signalée. Or, s'il en est ainsi, l'art. 694 se réduisant à un rôle d'abrogation, il n'y a plus qu'un texte concernant l'établissement des servitudes par destination du père de famille, c'est l'art. 692 d'après lequel les servitudes doivent être continues et apparentes pour être maintenues. Toute antinomie cesse donc.

Une des raisons qui milite en faveur de ce système, c'est qu'il est conforme à l'interprétation que Jacques de Maleville, l'un des rédacteurs du Code, a donnée de l'art. 692. « La destination du père de famille », dit ce jurisconsulte, « vaut titre à l'égard des servitudes continues et apparentes. D'où il suit qu'elle ne vaut pas titre à l'égard des servitudes continues non apparentes, ni à l'égard des servitudes discontinues quelconques. »

« Cet article est contraire aux articles 215 et 216 de la coutume de Paris, suivant lesquels la destination du père de famille ne valait titre que lorsqu'elle était par écrit (1). »

Il est à remarquer que les articles 692 et 694 comme

1. Maleville, *Analyse de la discussion du Code civil*, t. II, pp. 144 et s. Paris, 1805,

tous ceux de la même section ont été adoptés sans discussion ni amendement; on peut donc dire qu'en réalité ces textes sont l'œuvre des rédacteurs seuls; et M. Maleville n'a guère pu se tromper, ce semble, sur le sens qu'on a voulu leur donner.

Aussi, ce n'est qu'après une certaine hésitation que nous nous sommes décidés à rejeter ce système. Voici les motifs qui nous l'ont fait écarter :

1° Il a pour effet de donner le rôle prépondérant à l'art. 692, alors qu'il faudrait restreindre le plus possible ses cas d'application; il nous fait tenir compte de la continuité, quand au point de vue rationnel, on la justifie difficilement. Nous avons vu, en effet, que la destination du père de famille repose sur une question de bonne foi; or, la bonne foi n'exige pas seulement le maintien des servitudes continues et apparentes, elle exige avec autant d'énergie, le maintien des servitudes simplement apparentes.

2° Nous ne comprenons guère l'utilité de cet art. 694, s'il n'a pour objet que d'abroger l'art. 215 de la Coutume de Paris. Les rédacteurs avaient, nous dit-on, ce texte sous les yeux; ils venaient d'écrire l'art. 692 correspondant à l'art. 216, ils ont cru nécessaire d'en écrire un second, qui correspondrait à l'art. 215, pour bien manifester leur intention de proscrire sa disposition. Nous répondrons que les rédacteurs n'avaient, s'ils voulaient abroger l'art. 215, qu'à ne pas reproduire ce texte. Un article spécial n'était pas nécessaire; aucun doute n'aurait pu être soulevé sur leur intention s'ils eussent agi de la sorte. La preuve, c'est qu'ils n'ont pas cru nécessaire de dire dans une disposition spéciale, que la destination du père de famille vaudrait titre désormais,

sans qu'il fut besoin d'écrit. Ils se sont contentés de ne pas reproduire la partie finale de l'art. 216, en écrivant l'art. 692. L'abrogation par prétérition ne leur était pas inconnue, ils n'avaient aucun doute sur son efficacité puisqu'ils l'ont appliquée dans la matière même qui nous occupe.

On nous objecte qu'en définitive, le mot signe apparent de l'art. 694 ne peut s'appliquer qu'à une servitude continue, et cela pour deux motifs :

1° Parce que toute servitude apparente est par cela même continue;

2° Parce que la servitude discontinue aux termes de l'art. 691 ne peut s'acquérir que par titre.

La première de ces deux objections ne saurait nous atteindre, car elle suppose admis un système que nous avons démontré être en contradiction formelle avec l'art. 688 (1).

Quant à la seconde, elle ne nous paraît pas non plus irréfutable. Un titre, dit-on, est absolument indispensable pour l'existence d'une servitude discontinue. Telle est, en effet, l'exigence de notre droit, mais précisément le titre ne fait pas défaut toutes les fois qu'il y a destination du père de famille. Ce qui manque au titre, c'est sa manifestation extérieure dans un contrat où les parties auraient indiqué en termes formels leur volonté; la convention ici n'est que sous-entendue, mais elle n'en existe pas moins. L'induction tirée par le législateur du silence gardé par les parties vaut titre, c'est-à-dire vaut convention expresse, comme le fait observer très juste-

1. Voir l'exposé et la réfutation de ce système, pp. 98 et suiv.

ment M. Demolombe qui rappelle à ce sujet le vieil adage « *eadem vis taciti atque expressi.* »

A cette première réponse, que nous empruntons presque littéralement à M. Machelard (1), nous pouvons en ajouter une seconde : c'est que l'art. 691 écrit dans le même ordre d'idées que l'art. 690 a seulement, en exigeant un titre, voulu écarter l'acquisition des servitudes discontinues par prescription; il ne s'occupe pas de la destination du père de famille.

Les opinions que nous venons de passer en revue appliquent l'un des textes controversés à l'exclusion de l'autre, c'est là une des causes qui nous les a fait rejeter. Les systèmes qui nous restent à examiner, au contraire, se proposent de donner à chacun des art. 692 et 694 une part d'application.

Pour arriver à ce résultat, un nouveau système, dont on prétend trouver la base dans le texte même de l'art. 694, distingue entre les différentes manières dont s'opère la séparation des deux héritages réunis dans la même main. A-t-elle lieu au moyen d'un partage? les partisans de cette théorie (2) appliquent l'art. 692 et exigent que la servitude soit tout à la fois continue et apparente. Survient-elle, au contraire, à la suite d'un acte de disposition, vente échange, donation entre vifs, testament, etc...? ils se contentent d'un signe apparent de servitude conformément à l'art. 694, rédigé spécialement, assurent-ils, en vue de cette hypothèse.

1. Machelard. (Distinct. admises en ce qui concerne les serv. prédiales, n° 188, p. 142.)

2. Voir en ce sens une savante dissertation de Sacase, *Revue de législation*, 1851, p. 247.

A l'appui de cette explication on fait valoir plusieurs arguments :

On invoque en premier lieu les précédents historiques. Dans l'ancien droit, dit-on, bon nombre de coutumes, (notamment celle de Normandie, art. 609 et 619) établissaient déjà une distinction entre le cas de partage et le cas d'aliénation. Rien d'étonnant donc à ce que les rédacteurs du Code aient entendu la conserver. — Leur intention, à cet égard, résulte nettement, ajoute-t-on, de la rédaction de l'art. 694. Cet article parle du contrat par lequel le propriétaire *dispose* de l'un de ses héritages ; il ne s'applique donc qu'aux actes de disposition, et non au partage qui est simplement déclaratif de droit. En effet si l'art. 694 se place en présence d'un acte de disposition, on peut en conclure *a contrario* que l'art. 692 doit se placer en présence d'un acte opposé, c'est-à-dire d'un acte de répartition d'un partage après décès, par exemple.

On tire enfin argument de cette considération, qui semble avoir impressionné la cour de Caen (1), c'est qu'il existe une différence entre la position des copartageants qui stipulent réciproquement et celle d'un acheteur vis-à-vis de son vendeur, contre lequel on interprète, conformément à l'art. 1602 du Code civil, tout ce qui est obscur.

Ces divers arguments ne nous paraissent point fondés, aussi, repoussons-nous le système arbitraire qu'ils servent à étayer.

L'argument historique, tout d'abord, n'a rien de

1. Caen, 15 nov. 1836, Sirey, 1837, II, 187.

péremptoire, car la distinction établie dans l'ancien droit entre le cas de partage et celui de vente était peu accréditée. Pothier (1), guide habituel des rédacteurs du Code, soumettait les deux hypothèses aux mêmes règles, en ce qui concerne la destination du père de famille. Bien mieux, cet argument se retourne contre la doctrine qui l'invoque. En effet, les trois coutumes de Normandie, art. 609; de Touraine, art. 212; et de Lodunois, chap. XXI, art. 1^{er}; où la distinction ci-dessus indiquée était admise, aboutissaient à un résultat précisément inverse de celui qu'on propose. Elles reconnaissaient l'efficacité de la destination du père de famille, lorsque la division des héritages avait lieu par le moyen d'un partage et la repoussaient en toute autre circonstance. La doctrine que nous combattons, au contraire, admet plus facilement ce mode d'établissement dans les actes de disposition que dans ceux de répartition, puisque dans les partages il faut une servitude continue et apparente, et que dans les actes de disposition, un simple signe apparent de servitude suffit.

La distinction que l'on indique a-t-elle au moins été consacrée d'une façon certaine par les termes de la loi? Nullement. Le mot *dispose*, sur lequel on a voulu la fonder, n'a pas la portée qu'on lui attribue. Les rédacteurs du Code, en l'employant à l'art. 694, n'avaient évidemment en vue que d'exprimer l'idée de la division des deux héritages par un acte juridique quelconque, sans limiter l'application de cet article au cas où elle s'est opérée par un acte d'aliénation ou de disposition, à l'ex-

1. Pothier, note 1, sur l'article 223 de la Coutume d'Orléans.

clusion de celui où elle est le résultat d'un partage. Si le législateur, en effet, avait voulu établir l'antithèse que l'on annonce, nous devrions la trouver marquée non seulement à l'art. 694, mais aussi aux art. 692 et 693; or, dans ces articles, rien ne fait voir qu'on se réfère aux actes de répartition.

D'autre part, si l'on veut s'attacher rigoureusement à la lettre de l'art. 694, il faut le prendre dans tous ses termes; et dans ce texte, il y a une phrase qui vient restreindre la portée du mot *dispose*, cette phrase est ainsi conçue : « Si le propriétaire *dispose* de l'un des héritages sans que le *contrat* contienne aucune convention relative à la servitude. » L'article, en parlant d'une disposition par contrat, ne s'applique pas aux dispositions testamentaires, il ne s'applique qu'aux actes de disposition entre vifs. Sacase se met donc en opposition avec le texte, en étendant sa solution au cas de testament, et son système tout entier s'écroule, puisque la distinction nette et précise entre les actes de disposition et de répartition, qui en faisait tout le mérite, vient à disparaître.

Cette distinction, que nous repoussons, n'est pas seulement contraire au texte, elle est encore impossible à justifier au point de vue rationnel. S'il est un cas, en effet, où l'on peut se départir de quelques unes des conditions rigoureuses exigées pour l'établissement d'une servitude par destination du père de famille, c'est évidemment le cas de partage ! Pendant tout le temps qu'à duré l'indivision, les copartageants ont été investis d'un droit sur les divers immeubles entre lesquels existe le rapport de servitude ; ils ont été à même par conséquent de connaître l'existence et le motif de ce rapport, ils

sont mieux que tous autres à l'abri des surprises. Or, ce serait précisément à leur égard que l'art. 692 exigerait la continuité et l'apparence pour le maintien de la servitude, alors que l'apparence (art. 694) suffirait pour le rendre opposable à un acheteur qui voit peut-être pour la première fois l'immeuble privé. Une semblable décision serait contraire à la logique et aux nécessités pratiques.

On insiste et l'on dit que cette solution s'explique par le principe énoncé à l'art. 1602 du Code civil, en vertu duquel tout pacte obscur et ambigu s'interprète contre le vendeur. Ce principe ne saurait en rien justifier le système adverse. Le prétendu motif de différence indiqué par l'arrêt de la cour de Caen du 15 novembre 1836 n'existe pas, puisque l'art. 694 maintient les servitudes activement et passivement, *non seulement* en faveur du fonds aliéné, *mais aussi* sur le fonds aliéné. Or, quand il s'agit de maintenir les servitudes passives contre l'acheteur au profit du vendeur, il est impossible de se prévaloir de l'art. 1602. D'ailleurs l'art. 694 ne vise pas seulement la vente, mais tous les actes de disposition.

Nous croyons, quant à nous, que si en cas de vente un signe apparent peut suffire dans l'esprit de la loi, pour que la servitude soit réputée connue de l'acheteur, cela tient à ce qu'il aura été remarqué à première vue; ce signe n'aura pas moins frappé les parties dans les partages où tout est examiné ou expertisé d'avance pour la plus exacte composition des lots.

Le système que nous venons d'exposer, après avoir paru quelque temps devoir réussir devant les tribunaux (1), ne compte plus aujourd'hui de partisans. La

distinction, qui lui servait de base, tirée de la nature de l'acte qui a opéré la séparation des deux héritages, paraissait également abandonnée, lorsque en 1871 M. Vanier (2) est venu, dans une longue dissertation, en faire le point de départ d'un nouvel essai de conciliation des art. 692 et 694, fondé surtout sur l'ancien droit. Nous passerons rapidement sur les arguments mis en avant par cet auteur, car nous avons déjà répondu par anticipation à la plupart d'entre eux en exposant la doctrine de Sacase. Bornons-nous à signaler les différences importantes qui séparent ces deux opinions nées sur une base commune.

Dans le système primitif, on comprenait sous le terme générique d'actes de disposition à l'art. 694, non seulement la vente ou l'échange, mais aussi les aliénations à titre gratuit, telles qu'un legs ou un testament. M. Vanier reconnaît qu'une pareille interprétation serait contraire au texte de l'art. 694 qui porte expressément « sans que le contrat contienne aucune convention..... » Il est évident qu'un testament, par exemple, ne saurait constituer une convention, ni être désigné par le terme contrat.

Aussi, pour échapper à cette juste critique, cet auteur distingue-t-il, non plus entre les actes de disposition et les actes de répartition; mais entre les aliénations à titre onéreux auxquelles se référerait uniquement l'art.

1. Caen, 15 nov. 1836, Sirey, 1837, 2, 187. Toulouse, 6 janv. 1844, et 11 août 1854, Sirey, 1844, 2, 444, et 1855, 2, 607; Metz, 3 juin 1858, Sirey, 1858, 2, 658.

2. Vanier. *Questions notables sur les servitudes qui peuvent s'acquérir par prescription*. 4^e question. — Paris, 1871.

694 et les actes à titre gratuit visés par les art. 692 et 693.

Mais cette distinction est-elle moins arbitraire que la précédente ? Nous ne le pensons pas. Elle est tout à la fois, comme cette dernière, contraire au texte et à la raison.

Pour la fonder, on est obligé de s'emparer du mot *aliéné* de l'art. 694 et de soutenir que l'on ne doit comprendre sous cette expression que les actes contenant transmission à titre onéreux. Or, c'est évidemment là détourner le mot *aliéné* de son véritable sens. Une donation entre vifs, l'acte à titre gratuit par excellence, entraîne comme la vente une aliénation. De plus, les art. 692 et 693 ne font aucune allusion spéciale aux actes à titre gratuit.

M. Vanier fait remarquer en second lieu, et c'est là son argument favori, que les art. 609, 619 et 620 de la coutume de Normandie établissaient déjà une distinction bien marquée entre les actes à titre gratuit, dont, fait-il observer (1), l'acte de partage était indiqué comme type, et les actes à titre onéreux, pour lesquels la vente était prise comme exemple, ces deux modes de séparation étant les plus fréquents. Voici quels étaient les termes de l'art. 609, le plus important des trois :

Art. 609 « *En faisant partage et division entre co-
« héritiers ou personniers de chose commune, dont
« une partie sert à l'autre, les vues et égoûts demeurent
« comme ils sont lors du partage, si par lots et
« partages, il n'est expressément dit le contraire. »*

1. Vanier, *Questions notables sur les servitudes*. 4^e question, p. 122 in fine et 123.

Mais de ce que la coutume de Normandie faisait cette distinction, est-ce une raison pour supposer que le Code l'ait admise ? Nullement. Les textes, que nous a laissés le législateur de 1804, ne contiennent aucune trace de la distinction ancienne. A suivre même l'interprétation qui nous en est donnée par la doctrine que nous réfutons, Le Code, loin de consacrer les principes posés par la coutume de Normandie en cette matière, aurait admis un système qui en serait le plus complet renversement. La loi moderne favoriserait, en effet, les acheteurs, tandis que la coutume de Normandie favorisait les copartageants.

Puis, en allant au fond des choses, on s'aperçoit bien vite que le partage, cité comme type des actes à titre gratuit, doit être rangé parmi les actes à titre onéreux. L'article 883 ne contient qu'une fiction introduite dans le seul but d'éviter des actions récursoires entre cohéritiers. En réalité, le partage, est un contrat synallagmatique ; c'est un échange. Les Romains voyaient déjà dans les copartageants des copermutants, des vendeurs et des acheteurs : « *divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit* (1). » Le partage, d'ailleurs, n'est-il pas traité, au point de vue de la capacité nécessaire pour y procéder, comme un acte à titre onéreux ? N'en constitue-t-il pas un en effet, quand il résulte d'une adjudication sur licitation ?

Notons, enfin, que l'application de la théorie de M. Vanier va à l'encontre de cette idée que la bonne foi et l'équité, sur lesquelles repose l'établissement des

1. Loi 1, Code, *Commu. utriusque judicii*, III, XXXVIII.

servitudes par destination du père de famille, doivent servir dans notre législation à interpréter tous les actes juridiques, qu'ils soient à titre gratuit ou à titre onéreux. Si cette bonne foi impose dans la vente l'obligation de respecter une servitude seulement apparente, elle doit la faire respecter également dans le partage.

Les diverses considérations ci-dessus énoncées, nous conduisent à décider que les mots *dispose* et *aliéné*, contenus à l'art. 694, ont un sens beaucoup plus étendu que celui qui leur est attribué par MM. Sacase et Vanier. Nous tenons, contrairement à l'opinion du premier de ces deux auteurs, que l'expression *dispose* ne s'applique pas seulement aux aliénations proprement dites, mais encore aux partages eux-mêmes, et nous pensons, nous écartant en cela de la doctrine du second, que le mot *aliéné* comprend aussi bien les aliénations à titre gratuit que les aliénations à titre onéreux.

Nous arrivons à un quatrième système qui réunit dans la doctrine des partisans nombreux et d'un grand poids, tels que MM. Zachariæ, Marcadé (1) et Laurent (2). Il est dû au tribun Albisson qui l'expose dans un rapport présenté au Tribunat le 28 janvier 1804, au nom de la section de législation.

D'après cette théorie, l'art. 692 reçoit son application lorsqu'un propriétaire, après avoir réuni deux fonds dans sa main, met lui-même ces deux fonds dans l'état

1. Marcadé, *Explication du droit civil*, t. II, pp. 642 et s., § 3, 7^e édition; et *Revue critique*, 1852, t. II, p. 73.

2. Laurent, t. VIII, § 184, pp. 215 et s. Voir aussi Del Marmol, *Revue pratique*, 1863, t. XVI, pp. 54 à 57, et Troplong, Rapport à la Chambre des requêtes du 24 février 1840, Sirey, 1840, 1^{re} partie, pp. 98 *in fine* et suiv.

duquel résulte la servitude. Il s'agit, ici, de créer une servitude pour la première fois. Cette servitude ne sera valablement constituée que si l'on rencontre les conditions de continuité et d'apparence au moment de la séparation des héritages. A l'art. 694, au contraire, il ne s'agit plus d'établir une servitude nouvelle, mais de *faire renaitre* une servitude préexistante. Ce texte suppose que les deux fonds ont appartenu d'abord à deux propriétaires différents ; une servitude apparente existait alors. Les deux héritages se trouvent ensuite réunis dans la main d'un seul individu, qui maintient cette servitude apparente. Si, plus tard, ils viennent à être séparés à nouveau, la servitude persistera par ce seul fait qu'elle est apparente ; la continuité n'est plus nécessaire.

En un mot, d'après le tribun Albisson les art. 692 et 693 s'appliqueraient seuls à la destination du père de famille ; l'art. 694 ne serait en réalité qu'un correctif apporté à la règle de l'art. 705 d'après lequel « toute servitude est éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans les mêmes mains. » Il déciderait que lorsque deux fonds entre lesquels existe une servitude simplement apparente, entrent dans le patrimoine d'un seul et même maître, la confusion n'éteindrait pas complètement la servitude ; cette dernière persisterait suffisamment pour pouvoir continuer à être maintenue en cas de vente des deux fonds.

Cette interprétation, dit-on, nous est en quelque sorte indiquée par le législateur lui-même ; elle a été produite au moment de la discussion de la loi, au nom de la section de législation. Personne au Tribunat n'a élevé d'objection, c'est donc qu'elle représentait le senti-

ment de cette assemblée, et il n'est guère admissible qu'Albisson ait pu ignorer les intentions des rédacteurs du Code, bien que ne faisant pas lui-même partie de la commission.

Voici d'ailleurs comment s'exprimait cet orateur dans son rapport au Tribunal :

« Le propriétaire de deux héritages, dont l'un, *avant leur réunion dans sa main*, devait un service à l'autre, vient à disposer de l'un ou de l'autre, sans qu'il soit fait aucune mention de servitude dans l'acte d'aliénation, la servitude active ou passive continue-t-elle d'exister ? »

« On pouvait opposer et on opposait, en effet, que toute servitude étant éteinte, lorsque le fonds à qui elle est due et celui qui la doit sont réunis dans la même main, il était indispensable pour la conservation de la servitude, qu'elle eut été réservée expressément dans l'acte d'aliénation. »

« Mais on ne prévoyait pas le cas où, *la chose parlant d'elle-même*, la réservation ne devenait plus nécessaire, et c'est ce cas que le projet prévoit très sagement. Ainsi, dans l'espèce supposée, si la chose parle d'elle-même, c'est-à-dire, comme s'explique le projet, *s'il existe entre les deux fonds un signe apparent de servitude*, le silence des contractants n'empêchera pas qu'elle continue d'exister, activement ou passivement, en faveur du fonds aliéné ou sur le fonds aliéné (1). »

Devant cette déclaration si explicite de l'orateur du

1. Loaré, *Législation civile*, t. VIII, p. 395.

Tribunat, toute équivoque semble impossible. On comprend très bien que la loi se soit montrée plus facile, pour faire revivre une servitude, que lorsqu'il s'agit d'en établir une pour la première fois. Le propriétaire de deux immeubles contigus peut établir entre les fonds des rapports de sujétion ou de dépendance que lui suggère bien souvent une fantaisie passagère. Il en est tout autrement lorsque les deux immeubles appartiennent à des propriétaires différents. Les servitudes ne sont établies, dans ce dernier cas, qu'au prix de compensations pécuniaires parfois considérables ; dans ces conditions, on ne crée que les services fonciers qui sont absolument indispensables à l'exploitation des fonds. Il faut, autant que possible, les conserver.

Que le Code ait entendu adopter cette interprétation, c'est ce dont on ne peut guère douter en présence des termes des articles 693 et 694.

Et d'abord l'art. 693 définit la destination du père de famille ; elle n'a lieu, nous dit ce texte, « que lorsqu'il est prouvé que les deux fonds actuellement divisés ont appartenu au même propriétaire, *et que c'est par lui que les choses ont été mises dans l'état duquel résulte la servitude.* » Pas de destination du père de famille donc, concluent les partisans de ce système, lorsque l'état de choses duquel résulte la servitude, était antérieur à la réunion des deux fonds.

Or, il est certain que l'art. 694 se réfère à ce dernier cas. Il nous parle de deux héritages appartenant à un même propriétaire et entre lesquels *il existe un signe apparent de servitude*. Le contrat par lequel ce propriétaire dispose de l'un des héritages ne contient, nous dit encore cet article *aucune convention relative à la*

servitude. Voilà bien des termes qui se réfèrent à une servitude dont la naissance a précédé la rédaction du contrat mentionné ici. Et s'il en est ainsi, ils font nécessairement allusion à une servitude qui existait déjà avant la réunion des deux fonds dans la même main. Il n'y a pas, en effet, de servitude actuelle en vertu de la règle *Nemini res sua servit*. Il ne peut être question non plus de la servitude que le propriétaire se proposerait d'établir entre les deux fonds en aliénant l'un d'eux, car cette servitude ne peut naître que lors de la séparation des deux héritages, fait postérieur au contrat d'aliénation. Les expressions précitées s'expliquent d'elles-mêmes, au contraire, si l'on suppose que les deux immeubles, avant leur réunion dans la main du propriétaire qui en dispose à l'heure actuelle, ont appartenu à deux personnes différentes. Il a pu exister entre eux à cette époque une servitude, dont les signes extérieurs ont été maintenus. C'est de cette servitude que parle l'art. 694; cela ressort d'ailleurs péremptoirement de ces mots renfermés au texte : *Elle continue d'exister*. Cette expression énergique prouve bien qu'il ne s'agit pas d'établir une servitude nouvelle, il y en avait une, elle existait, elle continue d'exister, pourvu qu'il y ait un signe apparent qui l'annonce. Voilà bien l'hypothèse d'Albisson.

Quelque ingénieuse que soit cette conciliation, nous ne pouvons pourtant pas l'admettre. Elle soulève de graves objections.

Elle repose sur une distinction qui était, nous l'avons vu, étrangère au droit romain et à l'ancienne jurisprudence, et prête au législateur une opinion impossible à justifier au point de vue rationnel. En effet, la destina-

tion du père de famille se fonde sur une convention tacite, qu'elle suppose intervenue entre les parties; une seule chose est à considérer, c'est l'état des lieux au moment de leur séparation.

N'est-il pas indifférent de savoir par qui les choses ont été ainsi disposées? Si, lors de la réunion des deux héritages dans la même main, l'un d'eux rendait un service à l'autre et si le propriétaire maintient entre eux la relation préexistante, ne peut-on pas dire qu'il destine l'un de ces fonds au service de l'autre? Q'importe qu'il laisse les choses dans l'état où elles étaient ou qu'il les y mette? Ce qu'il faut rechercher, c'est moins son fait que son intention. « Le père de famille, » nous dit Toullier, « est censé avoir mis les choses dans cet état, lorsque pouvant le changer il ne l'a pas fait (1). » Les parties, lors du contrat, n'ont pas eu à rechercher quel était l'auteur de l'arrangement, elles ont dû compter sur le maintien d'une situation apparente qui leur était bien connue. Il faut donc lire l'art. 693 comme s'il y avait... « et que c'est par lui (le propriétaire) que les choses ont été mises *ou maintenues* dans l'état duquel résulte la servitude. » Sans doute le législateur suppose à l'art. 693 que c'est le propriétaire lui-même qui a mis les deux fonds dans l'état duquel résulte la servitude, mais il ne fait en cela que constater ce qui arrive le plus ordinairement, et ce serait méconnaître sa pensée que d'entendre les mots *par lui* insérés au texte, dans le sens absolu et exclusif que M. Marcadé veut leur donner.

1. Toullier, t. III, n° 609 *in fine*, p. 451. 5^e édition.

Une deuxième considération suffirait à elle seule à faire repousser le système d'Albisson, c'est qu'il a pour résultat d'aggraver singulièrement la position de la personne qui réclame une servitude en vertu de l'art. 694. Il met cette personne dans la nécessité de prouver l'existence de la servitude avant la réunion des deux fonds dans la même main. Or, c'est là une preuve que l'article 694 ne lui impose nullement. Et cette preuve, comme le fait remarquer M. Demolombe (1), ne pourra se faire qu'en rapportant le titre constitutif de la servitude, puisqu'il s'agit de servitudes discontinues (2). Or, presque jamais ce titre ne sera entre les mains de celui qui aurait à l'invoquer. L'art. 694, d'ailleurs, n'exige pas la production de ce titre antérieur à la réunion des deux héritages dans le même patrimoine, puisqu'aux termes de ce texte il suffit de prouver qu'il existait un signe apparent de servitude au moment de la séparation des deux fonds, et que le contrat ne contient à cet égard aucune convention. La partie fondamentale du système se trouve donc omise et c'est là une considération de nature à le rendre suspect à nos yeux.

Mais on triomphe avec le texte ; nous ne pensons pas néanmoins que les dispositions de la loi soient aussi précises qu'on le prétend. Les mots *signe apparent de servitude* ou *convention relative à la servitude* se réfèrent, dit-on, à la servitude qui a existé ; dans le

1. Demolombe, t. XII, n° 820, p. 342.

2. Toutes les fois que la continuité vient se joindre à l'apparence, on ne se trouve plus dans l'hypothèse visée à l'art. 694 ; c'est à l'art. 692 qu'il faut se reporter.

système que nous admettons et que nous développerons plus loin, nous tenons au contraire que ces mots se rapportent à la servitude qui doit exister, à la servitude qui prendra naissance au moment où les deux fonds seront séparés ; et nous pouvons le faire avec tout autant de raison.

Quant aux mots, *elle continue d'exister*, ils se retournent contre le système du tribun Albisson. La servitude s'est éteinte par confusion en vertu de l'art. 705. C'est bien une servitude nouvelle qui prend naissance et non une servitude ancienne qui continue d'exister. Les partisans de la doctrine que nous combattons, sont obligés de soutenir que l'art. 694 fait exception à la règle de l'art. 705. Mais alors pourquoi l'a-t-on inséré sous la rubrique : *Comment s'établissent les servitudes* ? C'est qu'il s'agit bien ici de la création d'une servitude nouvelle. On ne peut pas dire que celle qui s'est éteinte par confusion *continue d'exister* ; ce qui dans la pensée du législateur continue d'exister, c'est l'état de choses antérieur à la séparation, mais désormais à titre de servitude et non plus comme simple destination du père de famille.

Si le système ne peut se justifier au point de vue rationnel ; si les termes de l'art. 694 peuvent s'expliquer aussi bien dans les autres systèmes, il ne reste plus que cet argument, c'est que cette interprétation émane de l'un des législateurs ; elle a été produite dans un rapport adressé au Tribunat, elle doit représenter le sentiment de cette assemblée. Nous répondrons à cette dernière objection, en faisant observer qu'un rapport ou un exposé des motifs n'est pas adopté par le corps dont fait partie son auteur ; il ne renferme que l'opinion indivi-

duelle de celui qui l'a rédigé. Le tribun Albisson, en exposant son système sur nos articles, ne fait donc que nous présenter son avis personnel. Rien ne prouve que l'interprétation de ce tribun ait été admise en dernière analyse par les rédacteurs du Code. N'est-on pas porté à croire, au contraire, qu'ils ont entendu la rejeter, lorsqu'on voit l'un d'eux, M. Maleville (1), expliquer tout autrement l'art. 694. Il soutient que la destination du père de famille ne vaut pas titre à l'égard des servitudes discontinues quelconques. Son opinion doit avoir un poids tout autre, puisqu'il est un des auteurs du projet et a participé à tous les travaux préparatoires. Il n'y a pas lieu, toutefois, de tenir un bien grand compte de ces travaux préparatoires; puisqu'on voit deux des hommes qui ont participé à l'élaboration du Code émettre des avis contradictoires sur une matière que l'on avait annoncé hautement vouloir rendre simple et claire.

Nous écartons donc le système de MM. Albisson et Marcadé, d'autant plus facilement qu'il ne donnerait qu'une portée extrêmement restreinte à l'art. 694, le plus rationnel des deux textes, car le plus souvent la servitude sera établie par le propriétaire des deux fonds.

Ce système, d'ailleurs, n'a jamais rencontré grande faveur devant les tribunaux. On ne peut guère citer en ce sens qu'un arrêt de la cour de Lyon; mais la cour

1. Maleville, *Analyse de la discussion du Code civil*, t. II, p. 144.
— Paris, 1805.

1. Lyon, 12 juin 1831. Sirey, 1832, 2, 123.

suprême par des décisions réitérées a définitivement repoussé la théorie que nous venons d'apprécier.

Nous arrivons à une dernière opinion qui triomphe, croyons-nous, dans la doctrine (1).

D'après cette opinion, la présomption résultant de l'état des lieux présente deux degrés différents. Elle a plus ou moins d'énergie suivant le caractère de la servitude qu'il s'agit de constituer. Cette servitude est-elle continue et apparente? Le demandeur n'a qu'à démontrer, conformément à l'art. 693, que les deux fonds sont demeurés pendant quelque temps dans les mêmes mains, et que c'est le propriétaire commun qui les a mis ou laissés dans l'état duquel résulte la servitude. Cette preuve une fois faite, on présume que les parties ont voulu maintenir la servitude et c'est au défendeur à établir le contraire. Est-elle simplement apparente sans avoir le caractère de continuité? L'état des lieux n'est plus une preuve suffisante, le demandeur doit établir que rien n'a été stipulé au sujet de la servitude.

Voilà le système, il consiste dans l'application pure et simple de la loi, il prend l'art. 694 tel qu'il est, sans l'augmenter ou le diminuer, et n'exige pour l'établissement de la servitude que les deux conditions qu'il impose. Il fait ressortir la différence qui sépare l'espèce prévue par ce dernier texte de l'hypothèse visée aux art. 692 et 693; il attribue à chacun d'eux une sphère d'action parfaitement séparée.

1. Du Caurroy, Bonnier et Roustain, t. 2, n° 364, p. 239. Paris, 1851; Demante, *Themis*, t. VI, p. 361. *Edit.* Bruxelles, 1824; et Cours, t. II, n° 549 bis, p. 645 et s. q. Dupuich, *Revue pratique*, 1862, t. XIII, p. 209; Demolombe, t. XII, n° 821; Aubry et Rau, t. III, § 252 et note 9 *in fine*, p. 87 de la 4^e édition.

La distinction qui lui sert de base ne se concilie pas seulement avec les textes, elle est aussi conforme à la raison et aux principes généraux. Lorsque la servitude est continue et apparente, les ouvrages extérieurs, fenêtre, aqueduc, par lesquels elle s'annonce, ne révèlent pas seulement son existence, ils la constituent à proprement parler, en ce sens que c'est dans la présence même de ces ouvrages, dans l'obligation de les souffrir que consiste la charge de l'un des fonds envers l'autre. Le maintien de la servitude antérieurement établie entre les deux fonds résulte suffisamment de la disposition des lieux. Pour que cette servitude cessa de subsister, il faudrait démontrer que les parties sont convenues de la supprimer; c'est au propriétaire du fonds servant qui prétend qu'une convention expresse est venue modifier la manière d'être du fonds, à prouver son existence.

Bien différente est la servitude discontinue même apparente; à raison de sa discontinuité, elle présente un caractère équivoque. Dès lors on comprend que la loi exige la preuve que le titre duquel résulte la division des héritages ne renferme rien de contraire au signe apparent; et cette preuve incombe naturellement à celui qui prétend à la servitude.

Comment pourra-t-il la faire? Pas de difficulté si un écrit a été dressé pour constater la convention qui a opéré la séparation des deux héritages; la représentation de cet écrit permettra de vérifier les clauses qui y sont contenues. Mais la production d'un semblable titre est-elle toujours nécessaire? C'est ce que laissent supposer la plupart des auteurs partisans de cette solution et notamment MM. Demante et Demolombe; car ils

parlent toujours dans le cours de leurs dissertations de la *représentation* ou de la *production* du titre qui a opéré la séparation des héritages, et il paraît impossible de *représenter* ou de *produire* ce qui ne se manifeste pas aux yeux par un signe corporel. On conçoit cependant des cas où l'on peut établir autrement que par écrit l'absence au contrat d'aliénation de clause relative à la servitude. La division des deux fonds a-t-elle eu lieu par convention verbale? le propriétaire du fonds prétendu servant peut reconnaître en justice que cette convention ne s'est pas expliquée sur la servitude. MM. Demante et Demolombe considéreront-ils cet aveu comme un titre suffisant? C'est un point qui reste dans l'ombre, car ils paraissent avoir envisagé uniquement le cas le plus général, celui où un écrit aura été dressé sans s'occuper des hypothèses exceptionnelles.

Quoi qu'il en soit, nous admettrons, quant à nous, (et en cela nous croyons être d'accord avec l'art. 694 qui parle d'un contrat et non d'un titre écrit), que l'on peut établir l'absence au contrat d'aliénation de clause relative à la servitude par tous les modes de preuve admis par la loi et non pas seulement par la preuve écrite.

Au surplus, la réserve que nous indiquons sur le sens à attribuer au mot titre, n'a pas, il faut le remarquer, grande importance dans la pratique; les hypothèses comme celle que nous avons choisie ci-dessus pour exemple, où l'on peut se passer d'écrit pour démontrer qu'il n'est intervenu aucune stipulation à propos de la servitude, étant extrêmement rares.

Après avoir, pour l'honneur des principes, précisé ce point sur lequel la doctrine de MM. Demante et Demolombe ne nous semble pas très nette, nous déclarons

nous rallier à leur système sanctionné par de nombreux arrêts de cour d'appel et par la majorité des arrêts de Cassation (1). Ce système est le plus avantageux de tous au point de vue pratique, de l'avis même des partisans des opinions opposées; c'est le plus juridique et le plus rationnel à notre avis. Il est très simple et très conforme à l'intention vraisemblable des parties ou des disposants; or, il ne s'agit ici que d'une question d'interprétation de volonté. Toutes ces raisons nous ont décidé à l'adopter.

Ce n'est pas à dire, pour cela, qu'il soit à l'abri de toute critique. On lui a adressé diverses objections; elles nous semblent pour la plupart sans valeur. On dit par exemple : que cette opinion aboutit à annihiler l'art. 692. Cet article, qui, dans le Code paraît contenir la règle, deviendrait en réalité l'exception, et la véritable règle serait contenue à l'art. 694 qui ne semblait renfermer qu'une exception.

Ce reproche n'est pas exact, car l'art. 692 recevra encore son application dans diverses hypothèses, et pourvu que cette application ne soit pas supprimée, il a sa raison d'être. Supposons une acquisition par prescription ou la transmission du fonds servant par convention verbale, cet article conserve toute sa force. Ne sera-t-il pas encore utile lorsqu'un acte a été rédigé et qu'il contient des clauses obscures au sujet de la servitude? Si la servitude est continue et apparente, la clause

1. Cass. 26 avril 1837, Sirey, 37, 1, 916 et la note; Cass., 17 novembre 1847, D. P., 47, 1, 376; Cass., 7 avril 1863, Dalloz périodique, 63, 1, 413 et la note; Cass., 10 déc. 1866, D. P., 67, 1, 498; Cass. 2 mai 1876, D. P., 78, 1, 63; Cass., 22 août 1882, D. P., 83, 1, 467.

obscur s'interprétera en faveur de l'existence de la servitude.

Comme on le voit, le cas prévu à l'art. 692 peut se présenter et cela démontre le peu de fondement de l'objection qui nous accuse de rayer cet article du Code. Il est vrai que l'exception contenue à l'art. 694 s'appliquera plus souvent que la règle, mais c'est là selon nous, un des principaux avantages de notre théorie, car on arrivera ainsi à restreindre le plus possible l'application du moins rationnel de ces deux textes en lui conservant toutefois une sphère d'action suffisante pour expliquer sa présence au Code.

En quoi devra consister le signe apparent de l'article 694 ? On ne peut poser une règle fixe à cet égard. Des ouvrages d'art, de maçonnerie ne sont pas exigés, une simple tranchée pourrait, suivant les cas, être jugée suffisante. Peu importe que le signe apparent se montre sur le fonds dominant ou sur le fonds servant, il faut seulement qu'il soit permanent ; qu'il fasse présumer l'intention des parties de constituer tacitement la servitude. La servitude peut être discontinuë, mais le signe qui la révèle doit être continu, c'est-à-dire attester un état de choses établi *perpetui usus causâ* et non pas uniquement pour la commodité personnelle du propriétaire. Nous avons du reste insisté déjà sur le caractère de permanence que doit présenter l'état de choses générateur de la servitude. Bornons-nous donc, afin d'éviter des redites, à résumer les résultats obtenus jusqu'ici.

L'examen approfondi auquel nous nous sommes livré, relativement aux conditions requises pour le fonctionnement de la destination du père de famille dans le droit moderne, nous amène à cette conclusion :

1° Que les articles 692, 693 et 694 se réfèrent tous trois à la destination du père de famille ;

2° Que les différentes preuves, exigées par ces textes, peuvent être administrées de la façon la plus large en se conformant aux règles du droit commun en matière de preuve.

3° Qu'il n'est pas nécessaire que les deux fonds entre lesquels existait la relation qui est devenue la base d'une servitude, aient été distincts à l'origine.

4° Que la nature de l'acte juridique qui a opéré la séparation des héritages est indifférente.

5° Qu'il importe peu que l'état constitutif de servitude ait été établi par le dernier propriétaire ou par le propriétaire antérieur.

Nous nous sommes efforcé, au cours de la discussion, de démontrer le bien fondé de ces diverses propositions; nous pouvons donc les considérer comme acquises et nous pouvons définir la destination du père de famille :

Un arrangement par lequel un propriétaire de deux fonds ou d'un seul établit ou laisse subsister, entre ces deux fonds ou entre deux parcelles différentes du même fonds, avec intention de perpétuelle demeure, un état de choses qui constituerait une servitude, si ces deux immeubles appartenaient à des maîtres différents. »

Une dernière remarque nous reste à faire pour achever notre étude sur ce mode célèbre d'établissement des servitudes; c'est que les servitudes acquises par destination du père de famille sont pleinement efficaces à l'égard des tiers, indépendamment de toute transcription. Par la force même des choses, il y a une exception à la règle qui ordonne

la transcription des actes constitutifs de servitude. Si les parties dressaient, pour le faire transcrire, un acte de leur consentement tacite, ce consentement deviendrait exprès, il n'y aurait plus destination du père de famille et nous serions en présence d'une constitution par titre.

CHAPITRE III

De la prescription.

Ce mode d'établissement des servitudes présentait, dans l'ancien droit, de nombreuses obscurités, qui ont donné lieu à des controverses multiples. Le Code civil a adopté une doctrine intermédiaire entre les diverses opinions qui se partageaient la législation antérieure. Mais son système présente encore quelques difficultés. Nous ne voulons pas entrer dans tous les détails que comporterait l'étude approfondie des règles suivies dans notre ancienne jurisprudence, sur le sujet qui nous occupe ; nous nous contenterons de donner un exposé rapide de l'historique de la matière, pour établir la filiation des art. 690 et 691.

DROIT ROMAIN. — Nous avons vu dans la première partie de nos explications, que le droit civil de Rome, à l'origine, avait connu l'usucapion des servitudes. Ce droit fut changé par la loi Scribonia. Plus tard, le pré-

teur qui se plaçait au point de vue pratique, observa que ne pas admettre la prescription des servitudes, c'était s'exposer à méconnaître bien des droits ; en effet, la prescription sert souvent à faire respecter la propriété quand on a perdu son titre. Aussi résolut-il de tenir compte de la possession en matière de servitudes ; il décida, en conséquence, que cette prescription deviendrait la base de l'acquisition des servitudes par la *præscriptio longi temporis* pourvu qu'elle fut exempte des vices de précarité, clandestinité ou violence (1) et qu'elle se fut prolongée pendant un certain temps, qu'on fixe dans l'opinion dominante à dix ou vingt ans.

Justinien confirma définitivement les décisions du droit prétorien sur ce point, dans la constitution par laquelle il réorganisa la prescription (3). Il admit même une prescription de trente ou quarante ans en matière de servitudes, pour les cas où la prescription de dix ou vingt ans était inapplicable. Ainsi, par exemple, la prescription de dix ou vingt ans est impuissante à faire acquérir la propriété de certains biens, tels que les immeubles dotaux, le fonds d'un impubère ou d'un mineur de vingt-cinq ans, les biens du fisc ou des communautés ; il est évident que cette même prescription ne saurait davantage servir à les grever de servitude, mais on pourra acquérir une servitude sur l'un de ces

1. L. 10 Prin, Dig., *Si servi vindicetur*, VII, 5.

2. Des doutes sérieux s'élèvent lorsqu'il s'agit de déterminer exactement les conditions requises pour que la possession des servitudes soit prise en considération par le préteur ; les diverses questions qui ont vu le jour à ce sujet sont discutées dans la thèse romaine, chap. II, section II, § 2, pp. 118 et suiv.

3. L. 12 *in fine*, Code, *De Præscriptione longi temp.* VII, 33.

biens par le laps de temps qui en ferait acquérir la propriété, soit trente ou quarante ans. La protection que la loi accorde à certaines personnes en prolongeant à leur égard le délai de la prescription, ne peut, en effet, être plus grande quand il s'agit de la servitude que quand il s'agit de la propriété elle-même. La doctrine romaine se montrait donc, en définitive, favorable à la prescription ; c'est là un système absolu et bien déterminé dans un sens, nous verrons que l'ancien droit français en avait adopté un autre aussi exclusif en sens contraire.

ANCIEN DROIT FRANÇAIS. — Dans le droit coutumier on considérait, contrairement aux théories du droit prétorien et à la législation du Bas-Empire, que l'exercice des servitudes pour lesquelles il n'existait pas de titre, résultait plutôt des rapports de familiarité et de tolérance entre propriétaires voisins. Cette tolérance ne devait pas se transformer en une spoliation ; aussi ne rangeait-on pas d'ordinaire la prescription parmi les modes d'établissement des servitudes et l'on appliquait en général la maxime : « Nulle servitude sans titre, » dont le principe était formulé en ces termes à l'art. 186 de la nouvelle coutume de Paris : « Droit de servitude « ne s'acquiert par longue jouissance, sans titre, encore « que l'on en ait joui par cent ans, mais la liberté se « peut réacquérir contre le titre de servitude par trente « ans entre âgés et non privilégiés. »

Cette règle, toutefois, n'était pas reçue dans toutes les provinces. Les dispositions des coutumes relatives à la nécessité du titre variaient à l'infini. On peut cependant ranger à cet égard les diverses coutumes en quatre groupes principaux :

1° La majeure partie des coutumes admettaient en

principe la maxime « *Nulle servitude sans titre* » mais cette règle appliquée dans toute sa rigueur comme elle l'était par la coutume de Paris, qui ne considérait pas même comme valant titre la possession immémoriale, pouvait donner naissance à bien des inconvénients et permettre bien des injustices ; aussi certaines coutumes avaient-elles cru devoir en l'admettant y apporter quelques adoucissements ! Les coutumes de Nivernais (chap. X, art. 2) et de Berry (tit. II, art. 2, 3 et 4), par exemple, autorisaient expressément l'acquisition des servitudes par prescription, lorsqu'à la possession du propriétaire du fonds prétendu dominant était jointe une contradiction opposée au droit du propriétaire du fonds servant. Elles avaient obéi en cela, à cette idée que les anciens auteurs ne s'étaient refusés à voir dans la possession de la servitude la base d'un droit, que parce qu'ils considéraient l'exercice de la servitude comme reposant sur la tolérance du voisin. Or, la circonstance qu'il y a eu contradiction au droit du propriétaire du prétendu fonds servant ne laisse plus de place à l'idée de tolérance.

Les commentateurs, de leur côté, avaient eu recours à différents procédés détournés pour corriger ce que la maxime *nulle servitude sans titre* avait de trop absolu.

C'est ainsi qu'on s'accordait, en général, à reconnaître, à leur instigation, qu'une servitude pouvait être établie par la possession immémoriale ou centenaire toutes les fois que le texte de la coutume ne mettait pas obstacle à cette solution.

La présomption de précarité était encore écartée, lorsque celui qui exerçait la servitude sur le fonds d'autrui était de bonne foi et l'avait possédée en vertu

d'un titre émané *a non domino*. On le considérait au bout de dix ou vingt ans comme l'ayant acquise par prescription, par ce motif que dans ce cas il a joui *tanquam juste existimans se jus servitutis habere* (1).

2° Dans une seconde classe, toutes les servitudes sans distinction pouvaient s'acquérir par prescription, le laps de temps seul variant; c'était tantôt dix ans, tantôt vingt ou trente ans. Dans la coutume d'Auvergne, chap. 17, art. 1; et dans celle de Lorraine, tit. 14, art. 4, le délai de la prescription était de trente ans. Il était de vingt ans dans celle de Ponthieu, art. 115; de vingt et un ans dans celle d'Epinal, titre 10, art. 6; de quarante ans en Bretagne, art. 269. Parfois même la possession immémoriale était exigée, comme dans les coutumes de Bruges, tit. 22, art. 1, et de Douai, chap. IX, art. 2.

3° Dans une troisième classe, la prescription n'était admise que pour certaines servitudes seulement; elle restait étrangère aux autres. Les coutumes de Gand, Rub. 18, art. 1 et 2; de Clermont en Clermontois, chap. XIV, art. 5; de Blois, art. 230; du Maine, art. 462; et de Normandie, art. 608, appliquaient la prescription aux servitudes rurales et la rejetaient pour les servitudes urbaines. Les coutumes d'Anjou, art. 449; de Reims, art. 350; de Mantes et Meulan, art. 94, permettaient la prescription quand les fonds étaient situés hors villes et faubourgs et la repoussaient quand les servitudes étaient établies entre des fonds situés dans les villes et faubourgs (2).

1. Pothier, introduction au titre XIII de la Cout. d'Orléans, *Des Servit. réelles*, art. 2, § 8; Auzanet, sur l'art. 186 de la cout. de Paris. n° III et IV.

2. Tous ces points sont nettement exposés dans le traité de Lalaure

Un quatrième groupe, enfin, comprenait les coutumes qui ne contenaient rien de relatif à l'établissement des servitudes par prescription. C'était un point vivement controversé de savoir quelles règles on leur appliquerait. Fallait-il admettre la prescription en l'absence de clause la prohibant? Devait-on se conformer au droit romain ou s'inspirer des règles de la coutume voisine, ou des coutumes qui contenaient des dispositions analogues à celles de la coutume qu'il s'agit d'interpréter? (1) Ne valait-il pas mieux, en cas de doute, adopter les principes de la coutume qui régissait la capitale de la France, c'est-à-dire de la coutume de Paris, considérée comme constituant une sorte de droit commun? (2) Toutes ces opinions comptaient des partisans et se combinaient entre elles de différentes manières. C'est ainsi, que l'on distinguait, parfois, entre les servitudes apparentes et les servitudes latentes, appliquant aux premières la possession immémoriale en l'absence de titre et aux secondes le principe de l'imprescriptibilité absolue

sur les servitudes réelles, dont la meilleure partie est consacrée à l'exposition des règles qui gouvernaient les pays de droit écrit et les pays coutumiers relativement à la prescription. Les divers textes de l'ancien droit, dont nous venons de faire mention, se trouvent rapportés au livre III de ce traité, dans le chap. II, pour les coutumes de la première classe; dans les chap. XIII, XV et XVI pour les coutumes de la deuxième catégorie, et dans les chap. IV et VI pour celles du troisième groupe.

1. Louvet, sur la coutume de Beauvoisis, art. 12 et 13.

2. Le Camus, en ses observations sur Ferrière, sur le mot *coutume*, nomb. 11 et 12 *in fine*, Corps et compilations sur la cout. de Paris, t. I, p. 34. 2^e édit. Paris, 1714.; Brodeau, sur la cout. de Paris, des Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris, nomb. 3, t. I p. 3. Paris, 1669,

emprunté à l'art. 186 de la coutume de Paris (1). On peut presque dire que la solution à donner variait avec chaque coutume (2). La majorité des auteurs (3), semble, pourtant, s'être ralliée, en dernière analyse, à la doctrine qui proposait de soumettre, en général, ces coutumes muettes aux dispositions rigoureuses de la coutume de Paris et à leur appliquer la maxime : *Nulle servitude sans titre*. Un arrêt du Parlement de Paris du 6 janvier 1782 s'était prononcé en ce sens.

Si des pays de droit coutumier, nous passons aux pays de droit écrit, où la législation romaine règne, d'ordinaire, en souveraine maîtresse, nous voyons qu'ils se sont départis sur ce point de leur docilité habituelle. Ils considèrent l'acquisition par prescription de toutes les servitudes sans limitation comme exagérée. Ils admettent bien cette prescription comme mode d'établissement des servitudes; mais quand il s'agit de déterminer les conditions exigées pour son efficacité, ils apportent des modifications importantes au droit de Justinien. Ces changements, qui varient selon les provinces, sont généralement restrictifs. Ainsi, par exemple, la prescription de dix ou vingt ans avec juste titre et bonne

1. Boucheul, sur l'article 372 de la Coutume de Poitou, nomb. 180; corps et compilations de la Cout. de Poitou, t. II, p. 589. Poitiers, 1727.

2. Voir à ce sujet Lalaure, *Servi, réelles*, liv. III, chap. XVII, pp. 323 et s. Paris, 1761.

3. Ferrière, sur l'art. 186, Cout. de Paris. Glose, 2^e, n° 2, t. II, p. 1525. Paris, 1714; L'Hommeau, sur la Cout. d'Anjou, art. 480; Durand, sur l'art. 135 de la Cout. de Vitry; Le Prestre, Questions notables de droit, chap. LXIII, nomb. 16, p. 523. *Edit.* Paris 1679. C.-F. Guy Coquille, en sa préface sur la Cout. de Niversais et en ses Questions et réponses, question première *in fine* (Œuvres de Coquille, t. II, pp. 2 et 3 et p. 126. *Edit.* Bordeaux, 1703).

foi est, en principe, jugée insuffisante pour faire acquérir une servitude dans les pays de droit écrit. Le plus souvent, la prescription de trente ans est seule admise ; peu importe, d'ailleurs, que le propriétaire du fonds dominant soit ou non de mauvaise foi et ait ou non un titre (1). Et cette prescription n'est reçue que pour les servitudes continues. Quant aux servitudes discontinues la possession immémoriale peut seule les faire acquérir dans les pays de droit écrit. Cette distinction entre les servitudes continues et les servitudes discontinues est le trait caractéristique de la législation des pays de droit écrit qui, nous le voyons, suivait une voie intermédiaire entre la facilité trop grande du droit romain et la sévérité excessive des pays coutumiers.

DROIT MODERNE. — Ce caractère de décision intermédiaire séduisait, en général, les rédacteurs du Code ; rien d'étonnant donc, à ce qu'ils aient suivi cette voie, d'autant mieux qu'elle tenait compte du double écueil à éviter. D'une part, admettre la prescription dans tous les cas, c'est courir le risque de traiter comme droits acquis de simples tolérances qu'engendrent les rapports de bon voisinage et par là même éteindre cet esprit de familiarité et de concorde si nécessaire entre voisins. De l'autre, il est difficile de ne pas tenir compte de certains actes journaliers et patents qui, lorsqu'ils sont exercés pendant un long temps sans réclamation, sont de nature à faire présumer le consentement du maître du fonds servant. Appliquer dans toute sa

1. Claude Serres, *Les Insti. du droit français*, liv. II, tit. III, § 4, p. 143. Paris, 1753.

rigueur la règle, nulle servitude sans titre : c'est obéir à cette ancienne idée que les servitudes étant des droits incorporels ne sont pas susceptibles de possession, mais c'est là une idée depuis longtemps abandonnée ; le Code reconnaît sans difficulté (art. 2228) que les simples droits peuvent être possédés comme les objets matériels. C'est aussi, souvent, s'exposer à méconnaître des intérêts respectables, des droits légitimement constitués dont le temps seulement a détruit la preuve. « *Le titre a pu se perdre*, dit Berlier dans son exposé des motifs au sujet de la prescription des servitudes continues et apparentes, *mais la possession reste, et ses effets ne sauraient être écartés sans injustice* (1). »

Prenant en considération tous les inconvénients que nous venons de signaler, et désireux de substituer à l'anarchie législative qui régnait dans les pays de coutume sur une des matières les plus importantes du droit, des règles simples et uniformes pour toute la France, les rédacteurs du Code se sont décidés à suivre un terme moyen, et à reproduire à peu près complètement la doctrine des pays de droit écrit en édictant les articles 690 et 691 ainsi conçus :

Art. 690. — « *Les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre, ou par la possession de 30 ans.* »

Art. 691. — « *Les servitudes continues non apparentes, et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne peuvent s'établir que par titres. — La possession même immémoriale ne suffit pas*

1. Berlier, Exposé des motifs, n° 21 ; Locré, *Législa. civ.*, t. VIII, p. 376, Paris, 1827.

pour les établir ; sans cependant qu'on puisse attaquer aujourd'hui les servitudes de cette nature déjà acquises par la possession, dans les pays où elles pouvaient s'acquérir de cette manière. »

Le Code n'admet la prescription que pour les servitudes continues et apparentes. Dans les pays de droit écrit, on ne parlait que des servitudes seulement continues ; telle était la règle, sans doute, mais quand on arrivait à la pratique, on exigeait aussi l'apparence. Nous avons donc raison de dire que l'art. 690 vient des pays de droit écrit ; mais le législateur a tenu compte dans sa rédaction et de la règle théorique et de la règle pratique.

Les pays de droit écrit regardaient la possession immémoriale comme suffisante pour faire acquérir des servitudes. Le Code décide avec plus de logique à l'art. 691 que cette possession immémoriale ne suffit pas pour les établir. Si la possession des servitudes discontinues ou non apparentes ne peut conduire à la prescription de trente ans, c'est parce qu'elle est entachée de certains vices, et ne satisfait pas aux exigences de l'art. 2229 ; comment comprendre dès lors que cette possession puisse conduire à une prescription quelconque, les mêmes vices subsistant. Le laps de temps plus étendu n'aura pas pour résultat de les effacer. Toutefois, le Code a agi très sagement en consacrant le principe de non rétroactivité et en validant les servitudes établies avant 1804 par la possession immémoriale dans les pays où ce mode d'établissement était reçu.

La disposition finale de l'art. 691 étant une disposition transitoire, n'offre plus guère d'intérêt aujourd'hui, nous n'avons donc pas à nous en occuper.

Après avoir expliqué les raisons qui ont inspiré les art. 690 et 691, nous pouvons en aborder le commentaire. Nous distinguerons avec la loi d'une part, les servitudes continues et apparentes, d'autre part, les servitudes qui ne réunissent pas ces deux caractères et nous verrons les règles particulières de chacune d'elles. Notre étude comprendra donc deux sections :

Section 1. — Des servitudes continues et apparentes.

Section 2. — Des servitudes qui ne sont pas continues et apparentes.

SECTION I^{re}

DES SERVITUDES CONTINUES ET APPARENTES.

Restreinte aux seules servitudes continues et apparentes, la prescription acquisitive ne soulève aucune objection sérieuse. Ces servitudes, en effet, impliquent l'établissement de travaux extérieurs dont l'existence seule constitue la jouissance du droit. Le propriétaire du fonds dominant, pour peu qu'il surveille son immeuble, ne peut tarder à s'apercevoir de la modification apportée dans l'état des lieux. De plus, elles portent une telle atteinte au droit de propriété du maître du fonds asservi, elles sont si gênantes, si onéreuses d'ordinaire, qu'il est impossible, dans la plupart des cas, de voir dans leur exercice le résultat de la tolérance et des seuls rapports de bon voisinage. Lors donc qu'une per-

sonne a joui paisiblement pendant un grand nombre d'années d'une servitude de ce genre, cette jouissance prolongée doit faire présumer que la servitude a été réellement exercée en vertu d'un titre qui a pu s'égarer ou être détruit. Le législateur, toutefois, afin de fermer la porte aux usurpations, exige, pour que les actes de possession puissent être interprétés dans ce sens, que la servitude dont il s'agit soit tout à la fois continue et apparente. L'un des deux caractères ne suffirait pas et cela se comprend facilement. La condition d'apparence tient à un caractère exigé de la possession pour qu'elle soit utile à l'effet de prescrire; la publicité. Il faut que le propriétaire d'un fonds que l'on veut grever de servitude, à la suite d'une possession prolongée, ait été en mesure de s'opposer à la prescription; ce qui ne peut avoir lieu que si la possession a été telle qu'il ait pu en avoir connaissance. Nous reviendrons, d'ailleurs, ultérieurement sur ce caractère de publicité en étudiant les conditions requises de la possession.

A l'apparence doit se joindre, avons-nous dit, la continuité. Pour justifier la nécessité de cette nouvelle condition, les premiers commentateurs du Code civil (1) avaient imaginé de conclure de la discontinuité de la servitude au défaut de continuité dans la possession, c'est-à-dire à l'absence de l'une des qualités sans lesquelles la possession est impuissante à engendrer la

1. Delvincourt, notes 1 et 6, sur la p. 172 du t. I, *Volume des notes et explications*, t. I, p. 412. — Paris, 1824. Durantou, t. V, n° 578, p. 587, 3^e édition; Pardessus, *Servi.*, t. II, n° 276; Taulier, t. II, p. 444; Demante, *Programme*, t. I, n° 704, p. 378, 3^e édition; Marcadé, art. 690, n° 1, t. II, n° 632, p. 637, 7^e édition.

prescription. Cette explication s'étayait sur l'autorité du droit romain, notamment sur un texte de Paul relatif aux servitudes de passage et dont voici les termes : *Tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem : nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur* » (1). A en croire le jurisconsulte, la possession ne serait continue que si elle s'exerçait sans aucune intermittence. Ainsi comprise, la possession continue serait impossible ; nul ne peut, en effet, rester perpétuellement en contact avec l'objet qu'il possède. On ne pourrait guère prescrire, dans ce cas, que l'endroit où l'on est couché pour l'éternité. Aussi, malgré tout le respect dû à Paul, nous pensons que l'explication par lui donnée n'était pas plus exacte en droit romain qu'elle ne l'est en droit français, et elle est aujourd'hui presque universellement abandonnée.

En réalité, une possession continue est une possession qui n'a pas été abandonnée à certains moments puis reprise, mais qui s'est manifestée d'une façon suivie, par les actes de jouissance plus ou moins rapprochés que la nature de la chose comportait. Je possède une servitude discontinue, une servitude de passage d'une façon continue, bien que je ne passe pas sans interruption, pourvu que je passe toutes les fois que cela m'est nécessaire. S'agit-il d'une prairie ? on fauche, en général, deux fois par an, il suffira donc que le droit de passage soit exercé deux fois chaque année. S'agit-il de l'exploitation d'une forêt qui se coupe tous les vingt-cinq ans ?

1. L. 14 Pr., Dig. *De servit.*, VIII, I.

Si l'on passe tous les vingt-cinq ans, cela suffit. On voit par là que l'on peut très bien concevoir la possession continue d'une servitude discontinue.

Mais cette explication de Paul écartée, où trouverons-nous le véritable motif de l'imprescriptibilité des servitudes discontinues? Ce motif est le même que celui qui faisait prohiber toute prescription dans le droit coutumier. On suppose que l'exercice de ces servitudes, quand il a lieu, est le résultat de la tolérance entre voisins. Les faits qui les constituent sont isolés et ne créent pas une gêne bien grande pour le propriétaire du fonds servant; il est naturel de penser que ce dernier les a supportés à titre de familiarité; et, de la sorte, on assure la bonne harmonie entre les voisins en leur permettant de se faire des concessions réciproques, sans danger de les voir dégénérer en servitudes (1).

Ce sont ces rapports de bon voisinage que les rédacteurs du Code se sont surtout proposés de sauvegarder, en créant une présomption légale rendant la prescription inefficace à l'égard des servitudes discontinues. Cette présomption est, en général, très conforme à l'intention des propriétaires voisins. Il peut, cependant, se rencontrer des hypothèses où la solution dictée par la loi semble en désaccord avec la réalité des faits. Il est parfois impossible d'attribuer à la tolérance la possession

1. Voir en ce sens Ferrière, sur l'art. 186 de la Cout. de Paris, Gloue, 1^{re}, n° 5, t. II de ses compilations, p. 1517. — Paris, 1714. Toullier, t. III, n° 621, p. 466, 5^e édition; Belime, *Du droit de possession*, n°s 256 et 256 bis; Demolombe, t. XII, n°s 786, pp. 292 et 293 et les auteurs qu'il cite; ajoutez aussi Marcadé, sur l'art. 2229 n° 1, t. XII, p. 117. — 7^e édition. Cet auteur avait d'abord défendu la doctrine contraire sur l'art. 690, n° 1.

d'une servitude discontinue. C'est ce qui se produit, par exemple, au cas de la servitude d'évier. N'est-ce pas là l'une des servitudes les plus incommodes; on ne la supporte jamais qu'à son corps défendant. Elle rentre pourtant au nombre des servitudes discontinues, bien que cela ait été contesté. Elle répond bien à la définition de l'art. 688 et ne peut s'exercer sans le fait actuel de l'homme. C'est lui, en effet, qui jette les eaux ménagères. La servitude de pacage, que tout le monde s'accorde à regarder comme discontinue, fournit un exemple aussi concluant. Je mène paître mon bétail sur un fonds en pleine valeur, sur une prairie non dépouillée de ses fruits; peut-on dire que le propriétaire, en m'y laissant conduire mon troupeau, a fait œuvre de tolérance? Nul n'oserait le prétendre.

La prescription se comprendrait donc très bien, dans certains cas, pour les servitudes discontinues. Mais il est impossible de s'insurger contre les termes formels de l'art. 691, qui n'admet, à l'égard des servitudes discontinues apparentes ou non apparentes et des servitudes continues non apparentes, qu'un seul mode d'établissement, le titre.

Les motifs qui servent de base à la présomption de précarité émise à l'égard des servitudes discontinues font défaut, lorsqu'il s'agit de servitudes continues et apparentes. Les charges qu'elles imposent au propriétaire du fonds asservi enlèvent tout fondement à l'idée de tolérance. Le fait par ce propriétaire de laisser subsister sans contestation un état de choses plein d'inconvénients pour lui, constitue la preuve du droit de celui qui en profite. Ajoutons que le maintien d'une servitude continue et apparente est aussi, parfois, très

conforme à l'intérêt public. L'existence de cette servitude peut être devenue la condition indispensable d'une exploitation agricole ou industrielle; c'est ce qui arriverait, par exemple, pour une servitude de prise d'eau destinée à faire marcher un moulin ou une usine, ou pour une servitude d'aqueduc servant à l'irrigation d'un champ. Si la loi n'avait pas autorisé le maintien d'un aménagement qui existe depuis de longues années, les ayants cause de celui par qui a été établie la disposition des lieux pourraient se trouver singulièrement lésés.

Telles sont les considérations d'un ordre supérieur qui ont décidé, à juste raison, le législateur de 1804 à admettre la prescription comme mode d'acquisition des servitudes continues et apparentes. Celui qui prétend avoir acquis une servitude par ce procédé, doit prouver qu'il a possédé cette servitude pendant un certain temps, et que sa possession a réuni certains caractères. Nous avons donc à répondre successivement aux deux questions suivantes : 1° Quel est le laps de temps requis pour la prescription des servitudes continues et apparentes ? 2° Quelles conditions doit remplir la possession d'une servitude continue et apparente pour conduire à la prescription ?

I. *Du temps requis pour la prescription en matière de servitudes continues et apparentes.* — A ne considérer que le texte de l'art. 690, il semble qu'aucun doute ne puisse s'élever sur cette question.

Cet article nous dit en termes formels, que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la possession de 30 ans. N'est-on pas bien fondé à conclure de là que la prescription des servitudes ne peut jamais être inférieure à trente ans, que la prescription de dix ou vingt

ans, dont parle l'art. 2265 du Code civil est inapplicable à notre matière ! Cette solution, qui se recommande par sa simplicité et son respect des termes de l'art. 690, n'a pourtant pas été universellement admise. Certains auteurs pensent que la prescription de dix ou vingt ans suffit au possesseur de bonne foi, muni d'un juste titre pour acquérir une servitude. Voici dans quelle hypothèse la question peut se présenter. On suppose qu'un héritage est possédé par un individu qui n'en est pas propriétaire. Cet individu constitue sur l'héritage, au profit d'un tiers, une servitude continue et apparente ; la constitution n'est pas valable, n'émanant pas du *verus dominus*, mais le propriétaire du fonds dominant qui a traité de bonne foi avec l'usurpateur possède en vertu d'un juste titre. S'il exerce la servitude pendant dix ou vingt ans ne va-t-il pas l'acquérir par prescription ? En d'autres termes, ne faut-il pas substituer, dans ce cas, l'art. 2265 à l'art. 690. Les partisans de l'affirmative invoquent les considérations suivantes :

1° Aux termes de l'art. 2265, celui qui acquiert un immeuble par juste titre et de bonne foi en prescrit la propriété au bout de 10 ou 20 ans.

Or, les servitudes sont des immeubles (art. 526).

Donc les servitudes doivent s'acquérir par la prescription de dix ou vingt ans. C'est ainsi que l'on s'accorde généralement à appliquer l'art. 2265 à l'usufruit, qui n'est cependant, comme les servitudes, qu'un immeuble par l'objet auquel il s'applique.

2° La possession de 10 ou 20 ans peut faire acquérir la propriété pleine et entière à celui qui a reçu l'immeuble *a non domino* ; *a fortiori*, doit-elle lui faire acquérir un simple droit de servitude sur cet immeuble.

3° Si l'on admet la prescription trentenaire, au profit de l'usurpateur, il faut bien autoriser l'individu muni d'un titre coloré à prescrire par dix ou vingt ans ; sans quoi, le possesseur de bonne foi ne serait pas mieux traité que celui de mauvaise foi. Le Code distingue pourtant toujours entre la bonne et la mauvaise foi, et traite plus favorablement la première. La différence consistera précisément en ce que le porteur d'un titre *a non domino* prescrira par dix ou vingt ans.

4° Dans l'ancienne jurisprudence (1), la possession décennale fondée sur un titre *a non domino* était admise même par des coutumes qui, plus rigoureuses que le Code, repoussaient la prescription trentenaire et proclamaient la maxime « *nulle servitude sans titre.* » Pourquoi se montrer plus sévère chez nous où la prescription des servitudes est admise ? Objectera-t-on le silence gardé par le législateur de 1804 relativement à cette prescription de dix ou vingt ans ? Il n'y a rien à en déduire ; s'il n'en a pas parlé, c'est que son attention était portée sur le droit coutumier où cette prescription était reçue, on peut la suppléer. Il importait, au contraire, de parler de la prescription de trente ans que ce droit prohibait ; il fallait la rétablir (2).

1. Pothier, *Introd. au tit. XIII* de la Cout. d'Orléans, n° 8. Cæpolla, *De servit. præd. urb.*, cap XIX, n° 3 et s., p. 42. — Lausanne, 1737. D'Argentré, sur l'art. 271 de la Cout. de Bretagne, v° *sans-titre*, n° 14 et s., pp. 1257 et 1258, 4^e édition. Ferrière, sur l'art. 186 de la Cout. de Paris, Glose, 1, n° 8, p. 1251. — Paris, 1714. Dunod (*Des prescriptions*, pp. 291 et 292, 4^e édition) reconnaît que les jurisconsultes de son temps admettaient pour la plupart cette prescription de dix ou vingt ans en vertu d'un titre *a non domino*, mais, quant à lui, il la repousse avec Vasquez.

2. Ce premier système est celui de MM. Delvincourt, t. I, p- 413.

5° L'art. 690, fait-on encore observer, ne contredit pas cette opinion ; il ne parle que du titre ou de la possession considérés séparément, il ne s'explique pas sur le titre et la possession réunis. Son silence à cet égard équivaut à l'admission du droit commun en cette matière, c'est-à-dire de l'art. 2265.

Ces arguments sont séduisants, mais les solutions auxquelles ils conduisent nous obligent à les repousser ; ils ne sont, d'ailleurs, pas aussi concluants qu'ils le paraissent.

En fin de compte, il s'agit uniquement de savoir, si l'art. 690 contient une règle absolue ne subissant aucune restriction, ou si, au contraire, il est nécessaire de le compléter par des emprunts faits aux règles du droit commun.

La réponse à cette question nous a été donnée par le législateur lui-même à l'art. 2264, dont la disposition est d'autant plus digne d'attirer notre attention qu'elle est placée au titre de la prescription, dans le chapitre V, sous la Rubrique : *Du temps requis pour prescrire*. Cet article porte : « Les règles de la prescription sur d'autres objets que ceux mentionnés dans le présent titre, sont expliquées dans les titres qui leur sont propres. » Comment soutenir devant un pareil langage que l'art. 2265 s'applique à notre matière, alors que nous sommes avertis, de la façon la plus expresse, que c'est au titre des servitudes, par conséquent aux articles 690 et 691, que nous trouverons indiqué le délai de la

du volume de notes, note 3, sur la p. 172. — Paris, 1824. Duranton, t. V, n° 593, p. 603. — 3^e édit., et Troplong, *Traité de la prescription*, t. II, n° 856.

prescription qui les concerne. Et précisément l'art. 690 vient nous dire que les servitudes continues et apparentes ne s'acquièrent que par titre ou par la possession de trente ans. La mention spéciale de la possession de 30 ans, comme moyen d'acquérir les servitudes, implique de la part des rédacteurs du Code l'intention d'exclure la prescription de dix ou vingt ans ; si telle n'eût pas été leur pensée, ils auraient dit simplement et d'une manière générale : les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par titre ou par la prescription. Les termes et l'esprit de l'art. 690 repoussent donc la distinction que l'on voudrait y trouver.

La loi, d'ailleurs, en exigeant une possession plus longue pour la prescription des servitudes que pour la prescription de la propriété, a obéi à un motif très sage. En effet, lorsque vous êtes fort éloigné de votre ferme et que vous n'y venez qu'à de rares intervalles, il ne peut cependant pas arriver qu'un tiers la possède pendant vingt ans, à titre de propriétaire, sans que vous en ayez connaissance ; il se pourrait fort bien, au contraire, que ce tiers exerçât une servitude pendant ce même temps, sans que vous en soupçonniez seulement l'existence. Et si les empiétements commis à votre préjudice sont parvenus à votre connaissance, peut-être avez-vous omis de les réprimer par esprit de tolérance, pour ménager des relations de bon voisinage. Rien de plus naturel, dès lors rien de plus juste, que cette disposition par laquelle le législateur a augmenté le délai de la prescription pour l'acquisition des servitudes.

Il n'y a pas à argumenter de ce que la prescription décennale s'applique à l'usufruit, car, d'une part, on ne trouve pas au titre de l'usufruit une disposition sem-

blable à celle de l'art. 690, et, d'un autre côté, l'usufruit diffère sous plusieurs rapports, de la servitude. Il a une existence propre, il peut être hypothéqué et exproprié séparément de l'immeuble qui y est soumis (articles 2118 et 2204), et surtout les faits par lesquels l'exercice de ce droit réel se manifeste, sont bien autrement significatifs que ceux par lesquels se révèle l'exercice d'une servitude. On ne peut donc pas mettre, quant à la prescription, l'un de ces droits sur la même ligne que l'autre.

On objecte que l'individu qui prescrit muni d'un titre ne sera pas mieux traité que l'usurpateur. Nous répondons que dans les pays de droit écrit où la prescription de trente ans était déjà reçue, l'usurpateur et le possesseur avec juste titre étaient placés sur la même ligne. Rien de surprenant donc, à ce que le même résultat se produise sous le Code qui leur a emprunté le délai de la prescription.

Mais les considérations tirées des précédents suivis dans les pays de coutume sont dépourvues de toute valeur. L'art. 690, loin de pouvoir s'éclairer par les principes admis dans les provinces coutumières, a eu précisément pour but de couper court aux difficultés de l'ancien droit quant à la durée de la prescription. Les travaux préparatoires du Code ne laissent aucun doute à cet égard. Aux délais multiples des diverses prescriptions, alors en usage, les rédacteurs du Code ont substitué le délai unique de trente ans, abrogeant en même temps et le principe de l'imprescriptibilité absolue des servitudes suivi par les coutumes où la règle *Nulle servitude sans titre* était en vigueur, et la prescription de dix ans fondée sur un titre coloré qui n'avait été

admise dans ces coutumes que comme correctif de la maxime que nous venons de citer.

Telles sont les raisons pour lesquelles nous regardons la prescription de trente ans comme seule applicable à l'acquisition des servitudes dans notre droit.

Reste à préciser quel sera le point de départ de cette prescription. Le délai de trente ans court du jour où la possession de la servitude a commencé, c'est-à-dire à dater du moment où les travaux apparents nécessaires à l'exercice de la servitude ont été terminés. Pour la servitude d'aqueduc, par exemple, ce sera du jour de l'achèvement de la conduite, bien que l'eau n'y ait pas encore pénétré, car dès cette époque la servitude peut s'exercer sans le fait actuel de l'homme. En ce qui concerne cette servitude d'aqueduc, une jurisprudence constante exige que les ouvrages qui la décèlent, et lui donnent son caractère d'apparence, aient été établis sur le fonds servant. Mais cette solution ne doit pas être érigée en principe absolu ; il n'est pas toujours nécessaire que les travaux aient été exécutés sur le fonds servant ; la question doit être résolue suivant les cas. Ainsi, une servitude de vue se manifeste d'une façon suffisante, par les ouvertures pratiquées à la maison qui se trouve sur le fonds dominant. Et peu importe que ce soit le propriétaire lui-même qui ait fait exécuter les travaux dont l'achèvement fait courir les délais de la prescription, ou qu'ils soient l'œuvre d'un tiers. C'est au profit du fonds que la servitude est acquise, et le possesseur, quelle que soit sa qualité, doit être considéré comme un instrument à l'aide duquel le fonds possède ou exerce la servitude.

Les travaux une fois exécutés, la possession com-

mence, mais bien souvent le délai de la prescription pourra se trouver entravé ou retardé dans sa marche.

Nous déciderons, par exemple, par argument de l'art. 709 du Code civil : « Que, si le fonds sur lequel la servitude est exercée, appartient à plusieurs propriétaires par indivis, l'interruption de la prescription émanée d'un seul devra profiter à tous les autres. » L'art. 709, il est vrai, semble par sa position, ne se référer qu'à la prescription libératoire ; les rédacteurs du Code en l'écrivant, ont visé spécialement le cas d'indivision du fonds dominant, mais le principe de l'indivisibilité des servitudes nous fait un devoir de l'appliquer aussi au cas d'indivision du fonds que l'on prétend grever de servitude.

Nous étendrons, pour le même motif, à la prescription acquisitive, la disposition de l'art. 710 et nous déclarerons : « Que, si parmi les copropriétaires de l'héritage qui joue le rôle de fonds servant, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'a pu courir, par exemple un mineur, il aura conservé le droit de tous les autres. »

On observera également les art. 2252 et suiv. qui suspendent la prescription à l'égard des mineurs, des interdits, entre époux, et dans certaines hypothèses à l'égard des femmes mariées.

Cette question de la suspension de la prescription a donné lieu à une controverse assez vive qui prend naissance sur l'art. 710. Voici l'espèce : Deux cohéritiers, Primus mineur et Secundus majeur, sont copropriétaires d'un immeuble sur lequel une servitude continue et apparente est possédée sans titre depuis trente ans par Tertius le maître de l'héritage voisin. Pendant l'in-

division la prescription s'est trouvée suspendue par la minorité de Primus, elle n'est pas encore accomplie ; mais survient le partage, et le fonds servant tombe tout entier dans le lot de Secundus, le cohéritier majeur. Il s'agit de savoir, s'il pourra encore se prévaloir de la suspension de prescription due à la minorité de Primus, pour contraindre Tertius à ne plus exercer la servitude.

Celui-ci prétend l'avoir acquise par prescription puisqu'il l'a possédée plus de trente ans, et invoque l'art. 883, en vertu duquel Secundus est réputé tenir le fonds servant directement du défunt ; il ne saurait donc alléguer la suspension motivée par la minorité de Primus dont la copropriété est réputée n'avoir jamais existé. Telle est l'argumentation qui a paru déterminante à la Cour de Cassation ; aussi a-t-elle décidé dans deux arrêts célèbres : Que l'effet rétroactif attaché au partage s'oppose à ce que l'héritier majeur puisse se prévaloir, à l'égard des choses tombées dans son lot, de la suspension de prescription résultant de la minorité de son cohéritier. La Cour suprême s'appuie sur les termes formels et absolus de l'art. 883, qui, dit-elle, est général. La rétroactivité qu'il édicte opère *erga omnes*.

Les meilleurs auteurs (2) se rallient à l'opinion contraire, et nous croyons qu'ils ont raison. Voici les motifs qui nous déterminent à adopter leur doctrine.

L'arrêt de cas., du 29 août 1853, déclare : « Que l'art. 710 statue pour le cas d'une copropriété perma-

1. Cass., 2 déc. 1845, Sir., 46, 1, 21 et 29 août 1853, D. P., 53, 1, 230.

2. Duranton, t. V, n° 470, pp. 503 et suiv. — 3^e *édit.*, Demante, t. II, n° 568 *bis*, II et III, p. 664 ; Demolombe, t. XII, n° 775 *bis*, p. 268, et n° 999, pp. 537 et suiv.

nente et définitive, et non pour celui d'une simple indivision transitoire qui a cessé, et que ce dernier cas est celui de l'art. 883. » Mais c'est là une distinction arbitraire, à laquelle résistent les termes absolus et généraux de nos deux articles. Comment admettre, d'ailleurs, que le législateur qui, en principe, est peu favorable à l'état d'indivision à cause de ses dangers; qui le considère comme une situation essentiellement transitoire dans laquelle on ne saurait convenir de rester plus de cinq ans, ait pu, en édictant une disposition générale comme celle de l'art. 710, avoir en vue une copropriété permanente et définitive. L'application du texte se restreindrait à des cas exceptionnels comme celui où les divers étages d'une maison appartiennent à des propriétaires différents (art. 664). N'est-ce pas là réduire à néant l'art. 710 et donner une portée excessive à l'art. 883?

Le système adverse ne se contente même pas de rendre illusoire la disposition de l'art. 710, il se met en contradiction flagrante avec le langage employé dans ce texte par le législateur. Le mineur, nous est-il dit, *conserve le droit de tous les autres*; or, dans la doctrine de la Cour de cassation, le mineur conserve non pas le droit des autres, mais son propre droit, puisque l'on décide que la servitude ne sera conservée que si le fonds dominant devient la propriété du mineur.

Dira-t-on que l'opinion que nous défendons ne tient pas suffisamment compte de l'art. 883, qui est absolu et général? Nous répondrons que la règle posée à cet art., n'est qu'une fiction qui doit être restreinte au but en vue duquel elle a été introduite. Et si l'on remonte aux origines de cette fiction, on s'aperçoit qu'elle a été ima-

ginée par les légistes, au temps de la féodalité, pour soustraire les partages à la prohibition d'aliéner les fiefs, et pour les affranchir des droits seigneuriaux de *lods et ventes*, qui devaient être acquittés en cas d'aliénation (1). Elle passa depuis dans la législation civile, et fut maintenue par le Code en vue de mettre les cohéritiers réciproquement à l'abri des actes de disposition faits par l'un d'eux pendant l'indivision. Mais cette fiction édictée en vue de les protéger, ne saurait se retourner contre eux, et les empêcher de s'entr'aider, et de profiter de toutes les causes d'interruption et de suspension qui ont pu se produire pendant l'indivision. Le but de protection atteint, la fiction doit faire place à la réalité, et la réalité est qu'il y a eu copropriété. Le Code lui-même en tient compte, malgré l'art. 883, puisqu'il accorde aux héritiers un recours en garantie (art. 884) et un privilège pour soulte et retour de lots (art. 2103), qui l'un et l'autre ne sauraient se comprendre qu'à la suite d'une indivision.

Ces tempéraments apportés par le législateur, au principe de l'art. 883, dans la matière même en vue de laquelle il a été admis, prouvent bien que ce texte doit être entendu dans un sens purement relatif, et qu'il faut se garder de l'étendre en dehors des hypothèses qu'il a eu spécialement pour but de régler. Nous sommes donc en droit de limiter dans une certaine mesure ses conséquences, afin de les concilier avec l'art. 710. Aussi pensons-nous que la suspension de prescription, qui s'est opérée du chef du mineur pendant l'indivision, profitera, même après le partage, au cohéritier majeur

1. Aubry et Rau, t. VI, § 623, p. 556, note 1. — 4^e édit.

devenu seul propriétaire de l'immeuble sur lequel un tiers prétend avoir acquis une servitude par la possession de 30 ans.

II. *Quelles conditions doit remplir la possession d'une servitude continue et apparente pour conduire à la prescription.* — Toute possession n'a pas les qualités requises pour permettre d'acquérir par prescription la chose possédée. Le créancier gagiste possède la chose donnée en gage, il ne peut la prescrire. Il en est de même pour le fermier à l'égard du bien qu'il tient à bail. La possession, pour conduire à la prescription, doit revêtir certains caractères qui nous sont indiqués à l'art. 2229 du Code civil. Aux termes de ce texte, il faut pour prescrire, une possession *continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire*. Ces caractères, pour la plupart, n'ont rien de particulier aux servitudes; aussi, nous contenterons-nous de les passer assez rapidement en revue, sans beaucoup insister sur les détails qui appartiennent au titre de la prescription.

Le premier caractère de la possession, *la continuité*, ne nous arrêtera pas, car nous l'avons déjà examiné dans la section qui précède, en étudiant les motifs de la distinction établie par le Code entre les servitudes continues et apparentes et les servitudes discontinues quelconques.

La possession doit de plus être *non-interrompue*. Il faut bien se garder de confondre cette seconde condition avec la première. Les expressions *continue* et *non-interrompue* désignent deux qualités tout à fait distinctes. Tandis que la discontinuité vient toujours du possesseur qui met des intermittences dans l'exercice

de la servitude, l'interruption peut émaner d'un tiers, qui vient précisément entraver la jouissance du possesseur, soit par un fait matériel, soit par une réclamation judiciaire annonçant dans son auteur une résistance aux entreprises de celui qui possède (art. 2242 et suiv.). La discontinuité est une maladie de la possession, l'interruption en est la mort.

La possession doit être *paisible*, c'est-à-dire qu'elle doit avoir commencé sans violence et s'être continuée sans trouble pendant sa durée. Toutefois, le vice résultant de la violence se trouve purgé aussitôt que la violence cesse et ne peut-être invoqué que par celui qui a été violenté ou par ses représentants.

La possession doit être *publique*, c'est-à-dire que les faits de possession doivent être tels, qu'ils aient pu parvenir à la connaissance du propriétaire à l'encontre duquel la servitude est exercée. Il faut que ce propriétaire ait connu l'atteinte portée à son droit pour qu'il puisse y faire obstacle. Tant qu'il a ignoré la possession de son adversaire, il n'a pu s'opposer à l'usurpation dont il est menacé; on ne saurait sans injustice faire tourner contre lui une négligence qu'il a été dans l'impossibilité d'éviter « *Contra non valentem agere non currit præscriptio* ». Le vice de clandestinité n'est que relatif. Celui-là seul peut l'invoquer qui n'a pas connu la possession parce qu'on l'a lui a cachée. Pour que la condition de publicité soit remplie, il n'est nullement indispensable que l'adversaire du possesseur ait connu la possession, il suffit qu'il ait pu la connaître (1). La

1. Marcadé, sur l'art. 2220, *Traité de la prescription*, p. 89. — Edit. Paris, 1854.

publicité est plus complète lorsqu'il s'agit de la prescription de la propriété, en ce sens qu'elle doit résulter de signes matériels permanents. L'apparence ne suffit pas. En voici la raison : les actes d'exercice d'une servitude discontinue échappent trop facilement à la surveillance du maître ; et l'intention de ceux qui l'exercent se révèle moins nettement, d'ordinaire, que dans la prescription de la propriété. La possession peut avoir été, parfois, clandestine, encore qu'il existe des travaux permanents. C'est ce qui a lieu lorsque les ouvrages n'ont pas été construits ouvertement. Supposons, par exemple, qu'un propriétaire obligé par l'art. 676, d'avoir un châssis à verre dormant, ait fait faire un châssis mobile, qu'il s'abstient d'ouvrir habituellement, pour que son voisin puisse croire qu'il reste dans les termes de la loi ; la prescription sera impuissante à lui faire acquérir la vue libre, sa possession demeurant clandestine à l'égard de son adversaire. La condition de publicité soulèvera donc fréquemment des questions de fait que les magistrats auront à apprécier.

Au sujet du caractère *non équivoque*, M. Duranton suppose un fermier qui pratique sur le fonds à lui affermé une conduite d'eau au profit d'un champ voisin dont il est propriétaire ; par suite de renouvellements successifs de son bail l'état de choses dure trente ans : le savant auteur déclare avec raison qu'il n'a pu prescrire. La jouissance de l'eau par le fermier est équivoque, on ne sait pas s'il a entendu acquérir un droit de servitude sur l'héritage affermé, ou s'il en a fait comme fermier l'usage qui lui a paru le plus utile dans l'intérêt de ce domaine. Pour qu'il eut pu prescrire, il lui eut fallu intervertir le titre de sa possession, confor-

mément à l'art. 2238, en notifiant au propriétaire du fonds assujetti son intention de jouir de la servitude à titre de droit.

La possession ne sera utile que si elle a eu lieu à *titre de propriétaire*. Cela va de soi, la prescription servant à acquérir la propriété, la possession dont elle émane doit être fondée sur l'idée de propriété.

La possession ne doit pas être *précaire*, il faut qu'elle ait été exercée à titre de droit et non pas seulement par tolérance ou familiarité. Cette nouvelle condition est indiquée à l'art. 2232 qui sert à compléter à ce point de vue l'art. 2229. Voici en quels termes s'exprime le premier de ces deux textes : « Les actes de pure faculté et de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription. » Le principe posé à cet article est l'un des plus importants de notre matière. Mais avant d'en aborder l'examen, il importe de préciser ce que la loi entend ici par précarité. Cette expression, quand on l'emploie en parlant de la possession des servitudes, a, en effet, un sens tout différent de celui qui doit lui être assigné, lorsqu'on s'occupe de la possession des choses corporelles.

Dans notre droit, on désigne, en général, sous le nom de possesseurs précaires, les individus qui détiennent une chose pour le compte d'autrui, en vertu d'une convention ou d'une qualité qui les oblige à restituer à l'expiration du terme fixé par le contrat, ou lors de la cessation de leur qualité; tels sont, par exemple, le fermier, l'usufruitier, le séquestre, le mari par rapport aux biens de sa femme dont il a l'administration et la jouissance; le tuteur à l'égard des biens du pupille. Ces diverses personnes n'exerçant leur jouissance que par

permission d'autrui, sont réputées légalement n'avoir pas l'*animus sibi habendi*, ce qui les empêche de prescrire tant qu'elles n'ont pas interverti leur titre conformément à l'art. 228. La précarité ainsi entendue constitue un vice absolu qui rend la possession inefficace à l'égard de toute personne indistinctement.

Tels n'étaient pas les effets de l'institution connue en droit romain sous le nom de *precarium*. On nommait alors détenteur précaire celui auquel le propriétaire ou le possesseur d'une chose l'avait livrée avec permission d'en user, mais à charge de la restituer à première réquisition. Le précariste avait la possession *ad interdicta*, c'est-à-dire qu'il pouvait faire respecter son droit grâce aux interdits possessoires. En les invoquant, il devait nécessairement triompher, lorsqu'il était en contestation avec tout autre que celui de qui il tenait la chose. Le vice dont sa possession se trouvait entachée était donc purement relatif.

Cette signification du mot précaire, à Rome, a été conservée par les rédacteurs du Code lorsqu'ils se sont occupés de la possession des servitudes. En cette matière, la précarité désigne le caractère de la possession de celui qui exerce une servitude non point en vertu d'un droit propre, mais par suite de la tolérance du voisin (1). Ce détenteur, comme le précariste du droit romain, jouit dans son intérêt personnel et non pas pour le compte d'autrui, et sa position est efficace à l'égard de tous, à l'exception du voisin qui lui a per-

1. Aubry et Rau, t. II, § 180, p. 95. — 4^e édit.

mis jusqu'à ce jour d'exercer la servitude à titre de tolérance.

Comment distinguera-t-on si la possession de la servitude, qu'elle soit d'ailleurs continue ou discontinue, a été exercée à titre de droit ou à titre de tolérance. Cette question, source de bien des embarras dans l'ancien droit, se trouve simplifiée aujourd'hui.

En effet, elle ne se pose plus à l'égard des servitudes discontinues déclarées imprescriptibles par l'art. 691. La possession de ces servitudes est présumée dans tous les cas avoir eu lieu à titre de tolérance.

Relativement aux servitudes continues et apparentes, les caractères de continuité et de publicité font disparaître toute équivoque sur la nature de la possession et ne laissent plus de place à l'idée de familiarité. On devrait conclure de là, ce semble : *Que la possession des servitudes de cette espèce, ne pouvant jamais reposer sur la tolérance du voisin, doit toujours conduire à la prescription, lorsqu'elle revêt les conditions requises à l'art. 2229 du Code civil.*

Si l'on admettait cette conclusion que paraît commander l'interprétation littérale de l'art. 690, la question que nous avons à résoudre, à savoir comment on reconnaîtra une possession exercée à titre de tolérance de la possession exercée à titre de droit, ne pourrait donner lieu à aucune difficulté. Une présomption légale viendrait la trancher, aussi bien à l'égard des servitudes continues et apparentes qu'à l'égard des servitudes discontinues. Mais ce qui lui rend quelque intérêt, ce sont les tempéraments apportés par la jurisprudence à la règle ci-dessus énoncée.

Les tribunaux décident que dans certaines hypothèses

la possession d'une servitude même continue et apparente peut reposer sur des rapports de bon voisinage et ne pas conduire à la prescription. Il nous sera facile de nous en convaincre en donnant deux exemples.

Supposons qu'un individu vienne à ouvrir dans un mur construit à la limite de sa propriété, une vue donnant sur un mur plein ou sur un toit non muni d'ouvertures. La servitude de vue est continue et apparente (689). On devrait dire que la possession de cette vue le conduira à la prescription. La jurisprudence ne l'admet pas cependant; la vue donnant sur un toit (1) ou sur un mur plein (2) ne gêne pas, le voisin qui l'a ouverte ne peut rien voir; or, on ne peut prescrire un droit de vue que lorsqu'il permet de voir.

Il arrive fréquemment que le mur séparatif des jardins de deux maisons voisines appartient à l'un des propriétaires seulement; le voisin ne devrait planter des arbres sur son terrain qu'à une certaine distance de ce mur; souvent cependant il appuie contre lui des espaliers ou des treilles; cela constitue une servitude apparente et continue; si on ne lui fait pas enlever cette vigne ou ces arbres, il devrait prescrire. La jurisprudence est pourtant d'un avis contraire. Elle considère que l'apposition d'une treille ou d'un espalier ne crée pas une gêne sérieuse; elle n'est que le résul-

1, Voir en ce sens Colmar, 2 mai 1855, Dalloz, 56, 2 9; Cass., 7 novembre 1849, Sir., 50, 1, 18; et Dalloz, *Juris gene.*, v° *Servi.*, n° 474, n°s 2, 3 et 4, et les arrêts (Cass., Req., 24 déc. 1838, et Paris, 29 avril 1839), rapportés en note sous ce n° 474, p. 156 du t. XL du Répert. général..

2. Cass., 2 fév. 1863, Sir., 1863, 1, 92; et 6 fév. 1867, Sir. 1867, 1, 109.

tat d'une familiarité qu'il faut plutôt favoriser que combattre. De même, lorsque les branches de vos arbres avancent sur l'héritage voisin, le propriétaire de cet héritage a le droit de vous contraindre à les couper; s'abstient-il de vous y obliger? La Cour de cassation ne voit là qu'une tolérance de bon voisinage (1), qui ne peut devenir pour vous la base d'undroit. Les magistrats auront à apprécier ces circonstances exceptionnelles dans lesquelles un acte de familiarité sera à la base des servitudes continues et apparentes, et ce sera en s'inspirant des faits de la cause qu'ils arriveront à reconnaître les actes de tolérance de ceux exercés à titre de droit.

Le vice de précarité mettra obstacle à la prescription des servitudes continues et apparentes dans deux cas : 1° Lorsque les tribunaux, en vertu du large pouvoir d'appréciation qu'ils s'attribuent en cette matière, auront déclaré que l'exercice de la servitude, dans le litige actuel, a été supporté par le voisin à titre de familiarité. Nous nous sommes suffisamment expliqué à ce sujet.

2° Lorsque le propriétaire de l'héritage dominant aura reconnu par écrit que sa possession est de pure tolérance.

Ces sortes de reconnaissances sont assez fréquentes; aussi est-il intéressant de se demander si ce titre empêchera toujours celui qui l'a souscrit d'acquérir la servitude par prescription. Les avis sur ce point sont partagés.

D'après certains auteurs, cet écrit a pour unique effet

1. Cass., 9 juillet 1867, Dalloz, 67, 1, 252.

d'interrompre la prescription (art. 2248), puisqu'il constitue seulement une reconnaissance par le possesseur du droit de celui contre lequel il prescrivait. Au bout de trente ans, à partir du jour où le propriétaire du fonds dominant a reconnu la précarité de sa possession la servitude sera acquise. S'il en était autrement, la reconnaissance dont il s'agit ne serait, en réalité, qu'une renonciation à une prescription non encore acquise; or, d'après l'art. 2220, « *on ne peut d'avance renoncer à la prescription.* »

Quant à l'art. 2232 qui dispose que les actes de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription, il n'y a pas lieu de l'appliquer, disent les partisans de cette théorie; car il ne se réfère qu'aux actes qui, par eux-mêmes, ont ce caractère, comme les faits de puisage ou de pacage.

Il suffit de lire, ajoutent-ils, l'art. 2236 qui énumère les détenteurs précaires, pour s'apercevoir que le possesseur de la servitude n'est pas considéré comme tel par la loi, et pour se convaincre que le maître du fonds dominant a bien possédé la servitude en son propre nom. La prescription des servitudes continues et apparentes est d'ailleurs une nécessité d'ordre public; admettre qu'elle rencontre un obstacle infranchissable dans la déclaration de précarité, ce serait donner naissance à de nombreux procès et retomber dans les inconvénients de l'imprescriptibilité absolue des servitudes, tant reprochés aux anciennes coutumes qui admettaient la règle *nulle servitude sans titre*.

Ces arguments, quelques spécieux qu'ils puissent paraître, n'ont pas réussi à nous séduire. Celui qui confesse le caractère de tolérance de sa possession fait bien

plus que de reconnaître le droit de son voisin à la liberté de son fonds ; il avoue que sa possession est vicieuse, et comme telle, elle sera toujours impuissante à le conduire à la prescription par quelque laps de temps que ce soit.

L'art. 2220 n'a rien à faire dans le débat. En reconnaissant par une déclaration expresse la précarité de sa jouissance, le possesseur n'a nullement eu en vue de renoncer, par anticipation, au bénéfice éventuel d'une prescription en cours d'accomplissement. Il n'a eu d'autre but que de caractériser sa possession pour rendre la prescription impossible en lui créant un obstacle insurmontable. La possession se compose de deux éléments ; le fait extérieur de la jouissance de la servitude ne suffit pas, il faut encore l'*animus*. Or, l'engagement pris par le propriétaire du fonds dominant de démolir à première réquisition les travaux nécessaires à l'exercice d'une servitude continue et apparente que vous l'avez autorisé à établir, prouve surabondamment qu'il ne possède pas *cum animo domini* et *jure proprio* mais bien *jure alieno*.

L'art. 2236 n'a pas la portée qu'on veut bien lui attribuer ; il indique les individus qui le plus souvent sont détenteurs précaires ; l'énumération donnée par ce texte n'est pas limitative. Les mots « *Et tous autres qui détiennent précairement la chose du propriétaire ne peuvent la prescrire* » démontrent très clairement le caractère purement énonciatif de cette énumération.

Pour ce qui est des inconvénients qu'amènerait l'imprescriptibilité absolue de la servitude, nous répondrons que le système contraire présenterait des dangers bien plus grands encore au point de vue pratique. Il s'oppo-

serait à ces concessions si fréquentes et si utiles par lesquelles les voisins peuvent se rendre mutuellement service. Un propriétaire, en effet, autorisera volontiers son voisin à exercer une servitude sur un terrain dont il ne tire quant à présent aucun parti, s'il peut se réserver le moyen de la faire disparaître à première réquisition. Si, au contraire, cet exercice peut devenir la base d'une prescription acquisitive, il sera bien rare qu'il consente à laisser établir un état de choses qui, tout en ne lui causant aucun préjudice immédiat, pourrait dans l'avenir le rendre victime de son bon office.

Il nous paraît donc certain que la déclaration de précarité est un obstacle permanent à la prescription, soit qu'on l'oppose à son auteur même, soit qu'on l'oppose à ses ayant cause universels ou à titre universel, puisque ces derniers sont des continuateurs de sa personne (1).

La question est bien différente si l'on suppose que l'écrit est opposé non plus à celui qui l'a souscrit ou à ses héritiers ou successeurs universels, mais à un simple ayant cause à titre particulier, tel qu'un donataire, un acheteur, etc. La reconnaissance de précarité entraînera-t-elle encore dans ce cas l'imprescriptibilité absolue de la servitude? Prenons une espèce : Primus est propriétaire du fonds A et Secundus est propriétaire de la maison B. Primus a permis à Secundus de percer

1. La doctrine que nous venons d'exposer est très bien développée par M. Demolombe, t. XII, n° 779 *ter*, p. 276. Elle est aussi partagée par Pothier, *Introduction au titre XIII de la Cout. d'Orléans*, n° 20; par Bigot Préameneu, dans son *Exposé des motifs* rapporté dans Loqué, *Législation civile*, t. XVI, p. 561 *in fine*. Citons encore Duranton, t. XXI, n° 116, pp. 165 et 166. — 4^e édition; et Marcadé, *Traité de la prescription*, sur l'art. 2220, n° 11, pp. 21 et 22. Paris, 1854.

dans le mur de sa maison une fenêtre d'aspect, à une distance moindre que la distance légale, mais en se réservant le droit de la faire masquer à première réquisition, et en se faisant remettre par le concessionnaire un écrit constatant que sa jouissance sera de pure tolérance. Au bout de dix ans, Secundus vend la maison à Tertius. Quels vont être les droits de celui-ci ? Pourra-t-il, au bout d'un certain temps, prétendre qu'il a acquis la servitude de vue par prescription, ou bien la reconnaissance de précarité souscrite par son auteur l'empêchera-t-elle à tout jamais de prescrire ?

Il y a ici deux hypothèses à distinguer, disent en général les auteurs : 1° Tertius a-t-il besoin, pour compléter le délai de trente ans, de joindre la possession de Secundus à la sienne propre ? Il est certain que la reconnaissance de précarité lui est opposable. Les vices dont la première possession était entachée empêchent la seconde d'être efficace.

Le vice de précarité cesse, au contraire, lorsque Tertius a joui lui-même de la servitude pendant trente ans ; ne succédant pas aux obligations personnelles du vendeur, il a commencé une possession nouvelle qui l'a conduit à l'acquisition de la servitude par prescription, puisqu'il l'a exercée pendant trente ans. Tertius se trouve dans une situation analogue à celle du tiers à qui un fermier a vendu le fonds dont il était détenteur. Le fermier ne pouvait prescrire, mais le tiers acquéreur peut le faire ; il possède pour lui-même ; le vice de précarité disparaît et la prescription lui fait acquérir la propriété de l'immeuble qui lui a été livré *a non domino*, soit au bout de dix ou vingt ans, soit au bout de trente ans, selon qu'il est ou non de bonne ou de mauvaise foi.

La solution ainsi formulée ne nous paraît pas exacte. L'analogie que l'on veut établir entre la prescription de la propriété et la prescription des servitudes n'existe pas. En matière de servitudes, nous avons déjà eu l'occasion de le signaler, la précarité doit s'entendre dans un sens tout différent de celui qui lui est attribué en matière de propriété. Rappelons en deux mots la différence qui les sépare. S'agit-il d'acquérir la propriété? la possession est précaire toutes les fois que le détenteur n'a pas l'*animus domini*. Il suit de là que le vice dont elle est affectée disparaît, lorsque la possession passe à une personne qui a cet *animus*; ce qu'il faut prendre en considération, c'est la personne du possesseur. S'agit-il, au contraire, de servitudes? il n'est plus question d'*animus domini*. La précarité résulte de l'intention du propriétaire du fonds servant; c'est donc cette intention qu'il faut surtout envisager. L'exercice de la servitude est-il, oui ou non, dans sa pensée, le résultat d'une tolérance? Tel est le point à élucider. Il faut laisser de côté l'art. 2248 qui permet aux simples détenteurs de prescrire, lorsqu'ils ont interverti leur titre, et examiner notre question en elle-même avec le seul secours de l'art. 2232.

Dans ces conditions, l'argumentation de la théorie dominante nous semble devoir être écartée. L'acheteur commencera bien, si l'on veut, une possession nouvelle, mais elle n'en sera pas moins entachée du vice de précarité, puisque, pour caractériser cette possession, on doit envisager l'intention de la personne qui laisse s'exercer la servitude et non pas celle de l'acheteur qui en jouit. Or, l'intention de Primus, le maître du fonds A, n'est pas douteuse; elle est constatée par un acte for-

mel, elle n'a pu changer lorsque la maison B a passé dans d'autres mains; il faudrait au moins que l'acheteur apportât la preuve du contraire.

Est-ce à dire que le propriétaire du fonds servant ait commis une négligence qui soit de nature à légitimer la déchéance que l'on veut prononcer contre lui? Nullement, ce propriétaire s'est montré au contraire aussi bon administrateur que voisin tolérant. S'il a permis à son voisin de percer une fenêtre d'aspect à une distance moindre que la distance légale, il a pris soin de faire constater par écrit que la servitude ne s'exerçait qu'à titre de tolérance. Il conserve scrupuleusement cet écrit dans ses papiers, et est d'autant mieux disposé à laisser la servitude s'exercer sans obstacle, qu'il se croit à l'abri de toute usurpation. Il ne serait pas juste de lui faire encourir une déchéance, lorsqu'il a apporté à la conservation de son droit toute la vigilance possible. On ne peut pas exiger de lui qu'il se tienne au courant de toutes les mutations de propriété qui s'opèrent sur le fonds voisin. Il est même certaines hypothèses où une pareille recherche ne pourrait avoir lieu. C'est cependant à ce résultat que l'on arrive si on permet à un acheteur de prescrire la servitude.

Tels sont les motifs pour lesquels nous croyons devoir décider que la reconnaissance de précarité constituera un obstacle insurmontable et perpétuel à la prescription, aussi bien à l'égard du successeur à titre particulier de celui qui l'a souscrite qu'à l'égard de ce souscripteur lui-même ou de ses héritiers et de ses successeurs universels ou à titre universel. Il faudra, toutefois, pour que la reconnaissance de précarité soit opposable à l'ayant cause à titre particulier, qu'elle ait acquis date

certaine antérieurement à son contrat d'acquisition.

S'il en était autrement l'acquéreur qui a cru acheter avec un immeuble un droit de servitude, pourrait être la victime d'une entente entre son vendeur et le propriétaire de l'immeuble assujetti.

SECTION II

DES SERVITUDES QUI NE SONT PAS CONTINUES ET APPARENTES

Nous connaissons les controverses suscitées par l'interprétation de l'art. 690; abordons celles auxquelles a donné naissance la disposition contenue à l'art. 691 Le § 1 de ce texte s'exprime ainsi : « Les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ne peuvent s'établir que par titres. » Il est facile de se rendre compte de l'imprescriptibilité des servitudes non apparentes, discontinues ou continues; la publicité, l'un des caractères essentiels exigés par l'art. 2229 à l'égard de la possession à l'effet de prescrire, leur fait défaut; en un mot, elles sont clandestines.

Quant aux servitudes apparentes, qui sont en même temps discontinues, nous savons que le véritable motif de leur imprescriptibilité est dans une présomption de précarité (1). Le législateur considère la jouissance sans titre d'une servitude de cette espèce, comme étant le

1. Voyez p. 144.

résultat de la tolérance, de la familiarité et des rapports de bon voisinage. Cette présomption basée sur les données de l'expérience, est aussi pleinement conforme à l'intérêt privé et au bon ordre général. Il importe, en effet, à l'Etat, de ne pas rendre les propriétaires intraitables, et de ne pas briser, en y attachant les germes d'un droit, ces relations de bon voisinage, ces services réciproques, qui rapprochent les individus et assurent l'existence des sociétés. Or, c'est ce qui serait infailliblement survenu, si l'on eut déclaré prescriptibles toutes les servitudes apparentes sans distinction. Les propriétaires n'auraient jamais supporté, de la part de leurs voisins, des actes pouvant constituer une servitude discontinue et apparente. Ils sont, au contraire, avec le système du Code, aussi disposés que possible à se rendre de mutuels services, assurés que leurs bons offices ne deviendront jamais, pour eux, la cause d'un préjudice par l'établissement d'une servitude passive.

Une règle fondée sur des considérations si nombreuses et si puissantes devrait, ce semble, être absolue. Les termes de l'art. 691 paraissent bien formels. Il s'est, néanmoins, rencontré des auteurs pour soutenir que le principe qui s'y trouve posé peut comporter des exceptions.

On tient ici un raisonnement analogue à celui présenté sur l'art. 690 par les partisans de l'application aux servitudes continues et apparentes de la prescription de dix ou vingt ans. Ce raisonnement consiste à dire que le législateur n'a consigné dans l'art. 691 que la moitié de sa pensée et qu'il faut la compléter. Evidemment, en présence des termes si explicites de l'article 691, on doit considérer la prescription comme

impuissante à faire acquérir à elle seule une servitude discontinue et apparente; mais le motif de cette solution nous est connu; il tient à ce que la loi regarde la possession d'une servitude de cette espèce comme entachée du vice de précarité. Or, certains événements peuvent se produire, qui ne laisseront plus de place à cette présomption de tolérance. Il peut se faire que les actes d'exercice de la servitude aient été précédés d'une contradiction opposée au propriétaire du fonds prétendu servant; la possession de cette servitude est fondée peut-être sur un titre émané *a non domino*; on peut même concevoir une possession réunissant ces deux caractères. Ne faudra-t-il pas, au lieu de s'en tenir strictement à la lettre de la loi, se reporter à son esprit et décider que la prescription sera applicable aux servitudes discontinues et apparentes?

Reprenons successivement ces trois hypothèses, et examinons à propos de chacune d'elles, la réponse qu'il importe de faire à cette question.

Supposons d'abord qu'il y ait eu contradiction opposée au propriétaire du fonds prétendu servant. Secundus, par exemple, veut empêcher son voisin Primus de passer sur son fonds; Primus lui fait signifier par acte extrajudiciaire qu'il entend continuer à passer parce qu'il en a le droit, et le somme d'avoir à cesser tout empêchement semblable. Peut-on dire que depuis ce jour il commence à prescrire le droit de passage? Pour le soutenir on peut invoquer des considérations assez sérieuses :

1° *L'histoire*. — Dans les pays de coutume où régnait la maxime *nulle servitude sans titre*, on admettait que la contradiction opposée au propriétaire du fonds

servant, faisait courir la prescription (1). Pourquoi n'admettrait-on pas la même solution sous l'empire de notre législation, beaucoup moins sévère en matière de prescription ?

2° *Un argument d'analogie.* — L'art. 2238 déclare qu'une possession précaire peut être intervertie par le fait d'une contradiction opposée au propriétaire contre lequel on veut prescrire. On entend par possesseurs précaires ceux qui possèdent pour autrui, et il est de principe que les possesseurs précaires ne peuvent jamais prescrire à l'égard de personne, la précarité étant un vice absolu. Si la contradiction (2228) peut faire disparaître le vice absolu de précarité, à plus forte raison en matière de servitudes, doit-elle faire disparaître le vice relatif de tolérance.

3° Le propriétaire du prétendu fonds dominant a suffisamment montré par la contradiction, son intention d'exercer la servitude *jure servitutis*; il n'est plus permis de supposer la familiarité; si le propriétaire du fonds servant garde le silence pendant trente ans, à plus forte raison s'il défère à la défense, on ne peut se dispenser de présumer qu'il reconnaît le droit de servitude ou qu'il consent à renoncer à la liberté de son fonds.

Ces divers arguments viennent se heurter contre le texte formel de l'art. 691 : « *Les servitudes discontinues et celles continues et non apparentes ne peuvent s'établir que par titres.* » Le titre dont il est question ici est le même que celui de l'art 690, c'est un titre qui fait acquérir la servitude *de plano*; il ne peut résul-

1. Cout. de Nivernais, art. 2. chap. XIX.

ter de la possession pendant trente ans, après contradiction opposée au propriétaire du fonds prétendu servant.

On peut répondre à l'argument tiré de l'art. 2238 que ce texte vise une hypothèse spéciale et se réfère à des droits susceptibles de s'acquérir par prescription. Nous le trouvons au titre de la prescription, et il est de principe (art. 2264) que les règles de ce titre ne s'appliquent qu'aux objets qui y sont compris; or, non seulement les servitudes ne sont pas au nombre des objets compris au titre de la prescription, mais l'art. 691, au siège de la matière, vient rejeter la prescription pour les servitudes qu'il énumère. Il exige expressément des titres en ce qui les concerne; or l'acte de contradiction n'est pas un titre; il serait assez singulier de permettre à un propriétaire de se créer un titre à lui-même, en déclarant par huissier à son voisin qu'il veut avoir une servitude contre lui, et de forcer celui-ci à s'engager dans un procès, ou à faire sur son fonds ce qu'il lui plaît de ne pas faire. La contradiction ne peut rendre prescriptible ce qui ne l'est pas.

Mais, dit-on, le Code ne saurait se montrer plus sévère que les anciennes coutumes, où l'on faisait courir la prescription après une contradiction opposée au propriétaire du fonds dominant, alors qu'en thèse générale toute prescription était rigoureusement bannie. Ce raisonnement ne prouve rien; nous avons vu que si les coutumes du Berry et du Nivernais avaient admis cette dérogation au droit commun, c'était pour apporter un correctif à la maxime *Nulle servitude sans titre*. Cette considération, qui justifie les coutumes ci-dessus, n'a plus de raison d'être aujourd'hui. La règle *Nulle servitude sans titre* n'est plus reçue, il n'existe donc

aucun motif d'admettre les limitations à cette règle.

Nous sommes amenés par là, à décider que les servitudes discontinues et non apparentes restent imprescriptibles après la contradiction opposée au propriétaire du fonds dominant comme avant (1). Cette solution, commandée par les termes de l'art. 691, est aussi, nous ne craignons pas de le dire, la meilleure au point de vue pratique. Si je renonce à empêcher mon voisin de passer sur mon fonds, de puiser de l'eau à ma fontaine, après une injonction de sa part d'avoir à le laisser exercer ces droits, cela n'implique nullement mon intention de reconnaître la légitimité de ses prétentions ; si j'agis de la sorte, c'est en haine des procès et pour maintenir les relations de bon voisinage ; c'est parce que j'ai foi en l'art. 691 qui me garantit du danger de la prescription.

La deuxième hypothèse nous conduit à discuter une question intéressante, celle de savoir si la bonne foi jointe au titre émané *a non domino* rend prescriptibles les servitudes discontinues et apparentes.

Les auteurs ne sont pas d'accord sur la portée à attribuer à ce titre. Les uns soutiennent qu'il autorise une prescription de dix ou vingt ans ; les autres prétendent qu'il permet seulement celle de trente ans. Un dernier système, auquel nous nous rallierons, tient, enfin, que le titre coloré, pas plus que la contradiction, ne saurait servir de base à la prescription des servitudes discontinues.

Nous ne nous arrêterons pas à l'opinion de ceux qui veulent étendre à ces servitudes la prescription de dix

1. En ce sens : Demolombe, t. XII, n° 789 ; Belime, *De la possession*, n° 257, pp. 257 et suiv. — Paris, 1842.

ou vingt ans. Nous avons déjà réfuté par avance leur système, en démontrant que cette prescription était inapplicable aux servitudes continues et apparentes. Il est bien certain, en effet, que si la prescription décennale est sans influence à l'égard des servitudes déclarées prescriptibles par le Code, elle doit être écartée *a fortiori* en ce qui concerne les servitudes qu'il considère comme ne pouvant jamais tomber sous le coup de la prescription. Si, par impossible, l'imprescriptibilité qui les frappe n'était pas absolue, on devrait leur appliquer la prescription trentenaire, seule jugée susceptible dans notre droit de faire acquérir des servitudes. Nous ne croyons pas, pour notre part, que cette prescription soit plus admissible à leur égard que la précédente ; voici cependant quels sont les arguments proposés par ses défenseurs :

Si les servitudes discontinues ne peuvent se prescrire d'ordinaire, disent les partisans (1) de ce système, c'est uniquement parce que la possession de ces servitudes est toujours présumée précaire, et de simple tolérance. Or, ce motif fait défaut dans l'espèce qui nous occupe. L'existence du titre concédé par le maître du fonds prétendu assujetti au maître du fonds prétendu dominant, prouve bien chez celui-ci l'intention d'exercer la servitude comme un droit. Plus de place donc à

1. Toullier, t. III, n^{os} 629 et 630, pp. 473 et s. — 5^e édition ; Belime, *Traité du droit de possession*, n^{os} 258 à 260, pp. 282 et s. — Paris, 1842 ; Favart de Langlade, *Répert. v^o Servi.* sect. III, § 5, n^o 2, p. 192. — Edition de 1824 ; Dalloz, *Répert. gén. de juris.*, t. XL, v^o *Servi.*, n^o 1124 ; Maleville, sur l'art. 691. Analyse de la discussion du Code civil, t. II, p. 141. — Paris, 1805.

l'idée de tolérance, l'art. 2232 est inapplicable ; on doit reconnaître que la prescription devient possible. Nous ne trouvons pas cette considération décisive. La prescription implique le jeu de deux personnes : celui qui possède et va acquérir, et celui qui va être dépouillé. Le bon sens indique que c'est surtout à l'égard de celui qui va être dépouillé que l'on doit se placer. Sans doute vous me démontrez que celui qui possède en vertu d'un titre coloré, ne croit pas posséder par suite d'une tolérance. Mais le véritable propriétaire ne sait pas en quelle qualité la servitude est exercée. Il ignore l'existence de ce titre émané d'un autre que lui, et par conséquent, à son égard, le possesseur doit toujours être présumé avoir continué d'exercer la servitude en vertu de sa tolérance.

Dira-t-on qu'il s'agit dans l'art. 691 d'un titre quelconque, que par ce seul fait qu'on représente un titre, même coloré, on a satisfait aux exigences de ce texte ?

L'argument est si faible qu'à peine est-il besoin de le réfuter. Il est facile de voir que le titre dont on parle ici n'est pas celui prescrit par l'art. 691. Le sens de cette expression *titre* nous est bien révélé à l'art. 690. Dans ce texte le mot titre est mis en opposition avec le mot prescription ; il est synonyme de convention constitutive de servitude émanée du propriétaire du fonds servant. Telle est aussi, à n'en pas douter, la signification qu'on doit lui attribuer dans le texte suivant. On ne saurait l'entendre dans le sens de titre coloré, car la servitude acquise en vertu de la possession et d'un titre *a non domino*, est acquise par la prescription de dix, vingt ou trente ans, et non pas par la force du titre qui

seul, serait dépourvu de tout effet, malgré la bonne foi de celui qui en est investi.

Enfin, il ressort nettement de l'art. 695 qu'il y a dans notre droit, des servitudes qui ne peuvent jamais s'acquérir par prescription, et il n'y en aurait pas, si l'on admettait que les servitudes discontinues peuvent être prescrites, lorsqu'à la possession vient se joindre un titre coloré.

Tenons donc, et c'est là notre conclusion, que le titre émané *a non domino* est tout aussi impuissant à faire acquérir les servitudes discontinues par la prescription trentenaire, que par la prescription décennale. C'est là le système qui triomphe dans la doctrine (1). Quant à la jurisprudence, après avoir hésité pendant quelque temps, elle s'est rangée en fin de compte, à notre opinion (2). La question ne se discute plus.

Nous donnerons encore la même solution, si on suppose réunies les deux circonstances de contradiction et de titre coloré. J'exerce une servitude de passage en vertu d'un titre émané d'une personne que je croyais le véritable maître de l'héritage grevé. Ce concédant est évincé ; je notifie alors mon titre au véritable propriétaire qui me laisse jouir du droit de passage pendant trente

1. Vazeille, *Traité des prescriptions*, t. I, n° 416, pp. 528 et s. — Paris, 1832. Troplong, *Traité de la prescription*, t. II, n° 857, pp. 376 et s. — 3^e édition. Pardessus, *Servit.*, t. II, n° 276, pp. 83 et s.; C.-F., n° 268, pp. 52 et s.; voyez aussi la note 11, p. 390, 8^e édition. Proudhon, *Droits d'usage*, t. I, n° 222, pp. 303 et s. — Dijon, 1836. Aubry et Rau, t. III, p. 78, 4^e édition. Demante, *Cours*, t. II, n° 546 bis, p. 642; Demolombe, t. XII, n° 788, p. 396.

2. Voir en ce sens, Cass., 10 déc. 1834, Sirey, 1835, 1, 24; Cass., 28 mars 1837, Sir., 1837, 1, 506, et les arrêts cités à la note 2; Cass., 23 nov. 1875, Sir., 76, 1, 1030; Agen, 23 nov. 1857, Dalloz, 1858, 2, 27.

ans. Au bout de ce laps de temps, la servitude sera-t-elle prescrite à mon profit? (1) Le propriétaire du fonds assujetti a su que c'était *jure servitutis* que j'exerçais la servitude; son silence ne peut-il pas être interprété comme un consentement tacite à l'établissement de la servitude? L'hypothèse est favorable, nous le reconnaissons, mais l'art. 691 conserve néanmoins toute sa force. Pas de prescription possible pour les servitudes dont il s'agit, puisqu'elles ne comportent pas ce mode d'établissement. Si la contradiction et le titre coloré sont insuffisants, pris isolément, on ne voit pas comment ils deviendraient efficaces une fois réunis. Il faut dans tous les cas un titre constitutif valable. Si le propriétaire m'a laissé passer après la contradiction, c'est parce que le passage ne le gênait en rien, et qu'il était sûr de pouvoir l'empêcher le jour où il le voudrait, la loi déclarant formellement imprescriptibles les servitudes discontinues.

La prescription impuissante à faire acquérir les servitudes continues non apparentes et les servitudes discontinues apparentes ou non apparentes, ne saurait non plus aggraver, étendre ou modifier, celles qui ont été créées en vertu d'un titre.

Mais faut-il appliquer la même décision, en ce qui concerne la détermination de l'endroit par lequel la servitude doit s'exercer? Non, évidemment, si le titre constitutif, tout en indiquant, par exemple, l'existence

1. Pour l'affirmative, Toullier, t. III, n° 637 et 638. p. 777; Taulier, t. II, p. 444. Pour la négative, c'est-à-dire en faveur de l'opinion que nous défendons : Demolombe, t. XII, n° 791; Pardessus, *Servit.*, t. II, n° 276, pp. 86 et 87. — 8^e édition.

d'un droit de passage, de puisage, ne précise pas suffisamment le lieu de son exercice. La possession trentenaire, dans ce cas, doit être considérée, pensons-nous, comme le meilleur mode d'interprétation de la volonté des parties.

La question devient plus délicate lorsque le titre constitutif de la servitude détermine exactement l'endroit par lequel elle devra s'exercer. Prenons pour exemple un droit de passage : Le maître du fonds dominant n'a jamais cessé, nous le supposons, de passer sur le fonds servant, mais depuis plus de trente ans il passe sur une autre parcelle que celle indiquée au titre constitutif comme formant l'assiette du passage. Quels seront les effets de cette jouissance ?

Dans un premier système, on tient que l'ancienne servitude est éteinte par le non usage et que le nouveau mode n'a pu s'acquérir par prescription, la servitude étant imprescriptible, Le droit de passage se trouve donc complètement perdu. Telle est la solution rigoureuse adoptée par M. Duranton (1), sur le fondement de la règle contenue à l'art. 691 et par application de la maxime : « *Non fecit quod potuit, fecit quod non potuit* ». Cette doctrine serait inattaquable si, par cela seul qu'une servitude a été exercée avec une nouvelle assignation, quant au temps ou quant au lieu, on devait nécessairement l'envisager comme formant un droit nouveau et autre que le droit primitif ; mais ce point ne nous paraît pas démontré.

1. Duranton, t. V, n° 607, p. 612. — 3^e édition ; Pardessus, t. II, n° 304, pp. 154 et 155. — 8^e édit. ; Belime, *Des actions possessoires*, n° 171, p. 170. — Edit. de 1842 ; Toullier, t. III, n° 732, p. 538, — 5^e édition ; Marcadé, sur l'art. 708, t. III, pp. 442 et s. — Edit. de 1842.

Nous tenons, au contraire, que la fixation de l'assiette du passage est pour la servitude, non pas un élément intrinsèque, principal, non susceptible de modifications, mais un élément extrinsèque, accessoire, jusqu'à un certain point indépendant de la servitude, et partant, ne pouvant faire l'objet de la prescription. En effet, l'art. 691 ne défend la prescription d'une servitude discontinue et apparente que parce que sa possession est précaire. Or, dans notre hypothèse le vice précarité n'existe pas, la servitude ayant été établie par titre, la possession n'a pas lieu à titre de tolérance, mais bien *jure servitutis*. La création d'un droit nouveau n'est pas en question, il s'agit seulement de savoir, à propos d'un droit d'ailleurs reconnu, quel est le mode d'exercice sur lequel les parties sont tombées d'accord. Et ce mode d'exercice peut parfaitement être modifié sans porter atteinte à l'existence de la servitude. Nous en trouvons la preuve à l'art. 701, qui permet au propriétaire de faire changer le lieu du passage concédé à travers son fonds, droit qu'il n'aurait certainement pas, s'il s'agissait d'établir une servitude différente de l'ancienne. Le maître du fonds dominant pourrait lui-même demander cette modification dans l'assiette de la servitude, si par suite de circonstances accidentelles il ne pouvait plus exercer son droit sur l'emplacement primitivement fixé. Or, après trente ans de possession, la présomption est précisément que les parties ont modifié et changé l'assiette de la servitude (1).

1. Voir en ce sens, Cass., 6 déc. 1864, Sir., 65, 1, 79. Demolombe, t. XII, n° 1031, p.p. 587 et suiv.; Aubry et Rau, t. III, § 255 B, note 27, p. 109. — 4^e édit.

En ce qui concerne les servitudes continues et apparentes, il n'est pas douteux que la possession trentenaire ne puisse faire acquérir au propriétaire du fonds dominant, un mode d'exercice de sa servitude plus avantageux et plus étendu. Et cela est vrai, alors même qu'il existe un titre constitutif qui décrit soigneusement la manière d'être de la servitude. Ex.: Primus a concédé par titre à Secundus, son voisin, le droit d'avoir sur son terrain à une distance moindre que la distance légale, des fenêtres d'une hauteur et d'une largeur déterminée; Secundus perce des fenêtres plus hautes et plus larges, et en jouit ainsi pendant trente ans. Au bout de ce temps, le nouveau mode d'exercice de la servitude se trouve prescrit. C'est en vain qu'on objecte l'art. 2240, aux termes duquel, *on ne peut prescrire contre son titre*. Ce texte s'oppose seulement à ce qu'on puisse *se changer à soi-même la cause et le principe de sa possession*; c'est ainsi qu'un détenteur précaire ne peut pas posséder *animo domini* tant que sa possession n'aura pas été intervertie (2238). Mais l'art. 2240 ne défend pas de prescrire au-delà de son titre. Secundus a pu étendre et améliorer le mode d'exercice que son titre lui concédait, puisque la possession de cette nouvelle servitude continue et apparente était susceptible d'engendrer la prescription. Toutefois, cette possession, pour être efficace, devra, cela va sans dire, avoir eu un caractère précis et déterminé, de nature à faire supposer la concession tacite de cette extension de la servitude.

Mais, revenons à l'article 691. Nous connaissons les motifs qui l'ont inspiré, nous savons avec quelle rigueur il prohibe la prescription à l'égard de toute servitude qui n'est pas à la fois continue et apparente. Il importe

maintenant de remarquer qu'il ne fait en rien obstacle à ce que l'on acquière par ce procédé la propriété ou la copropriété d'un terrain sur lequel on ne pourrait prescrire un droit de servitude par suite de sa discontinuité ou de sa clandestinité. La possession devra, bien entendu, pour qu'il en soit ainsi, réunir tous les caractères exigés pour l'acquisition de la propriété. Dans certains cas, néanmoins, il est fort difficile de distinguer si le droit, qui a été exercé, constitue une servitude ou un droit de propriété. La difficulté n'est pas grande, lorsque l'on réclame un droit de propriété complet ; la possession exclusive du réclamant, s'il parvient à la démontrer, prouve qu'il s'agit bien d'une prescription acquisitive de propriété. Mais où l'embarras peut exister sérieusement, c'est lorsqu'il s'agit de distinguer l'exercice d'un droit de propriété indivise d'un droit de servitude. La jurisprudence a rendu sur ce point plusieurs décisions qui méritent d'être signalées.

La question s'est posée principalement à l'occasion des servitudes de pacage et de passage. En 1853, notamment, la cour de Cassation eut à se prononcer sur l'espèce suivante : Un propriétaire possédait, près de Caen, différentes parcelles de pré sur lesquelles les communes de Caen, Venois et Louvigny, prétendaient avoir une servitude de pacage ou de secondes herbes. Le propriétaire, qui avait possédé son fonds libre depuis plus de dix ans, soutint que le droit de secondes herbes, réclamé par ces communes, ne constituait pas une servitude discontinue imprescriptible de par l'art. 691, mais un droit de copropriété qu'il avait pu acquérir par la prescription de dix ou vingt ans, en vertu de l'article 2265 du Code civil. La Cour de Caen décida que

le droit de secondes herbes constitue la servitude de pacage mentionnée à l'art. 688 (1); que, par conséquent, ce droit ne peut s'acquérir par prescription, et la cour de Cassation sanctionna cette décision (2). L'année précédente, la même Cour avait décidé, au contraire, que le pâturage sur des bruyères constituait une pâture vive et grasse, indiquant un droit de propriété et non un droit de servitude (3). L'antinomie qui existe entre ces deux solutions, s'explique parfaitement par cette considération, que la question de fait est ici prépondérante. Pour apprécier si le droit de pacage, réclamé dans telle ou telle hypothèse, est un droit de propriété ou un simple droit de servitude, les tribunaux, par la force même des choses, doivent tenir compte de la nature des actes de possession invoqués, et des circonstances de la cause. Voici, croyons-nous, les données dont le juge devra s'inspirer pour rendre sa décision. Il recherchera, si le possesseur, dans sa jouissance, a oui ou non tiré parti de tous les produits du fonds. S'agit-il d'une lande, qui, de sa nature, ne comporte pas d'autre mode d'exploitation que le pacage ou l'enlèvement de litières, bruyères ou ajoncs? le droit de pacage sera à considérer comme ayant été exercé plutôt à titre de propriété ou de copropriété que comme une simple servitude. Il ne faudra voir, à l'inverse, qu'une servitude dans le droit d'enlever les secondes herbes dans de riches prairies, comme celles du Calvados, ce droit n'absorbant

1. Caen, 29 juillet 1851, rapporté dans Sir., 1854, 1, 105, avec l'arrêt de Cass. mentionné à la note 2.

2. Cass., 14 nov. 1853, Sir., 54, 1, 105.

3. Cass., 6 janv. 1852, Sir., 52, 1, 317.

qu'une faible fraction des produits. Il ne fait, en effet, que remplacer en quelque sorte la vaine pâture, qui n'a jamais été regardée comme un droit de propriété.

Les mêmes principes peuvent recevoir leur application à propos d'un droit de puisage. Pierre, par exemple, va, depuis trente ans, puiser de l'eau dans un puits situé sur le fonds de Paul. Au bout de ce temps, Paul veut l'en empêcher, prétendant que son voisin n'a puisé de l'eau qu'à raison d'une tolérance de sa part et qu'il n'a pu acquérir par prescription une servitude discontinue. Pierre réplique qu'il est copropriétaire du puits et qu'il en a prescrit la propriété. Nous inspirant de la règle ci-dessus posée, nous dirons que Paul devra triompher, s'il présente un titre établissant sa propriété exclusive du puits. Pierre sera réputé, dans ce cas, n'avoir puisé de l'eau qu'en vertu d'une tolérance. En l'absence de ce titre, on recherchera quel est le propriétaire du terrain qui entoure le puits, quel est celui qui a réparé la margelle de ce puits ou sa couverture, qui a remplacé les seaux ou les chaines. Au contraire, si le voisin qui se prévaut de la possession du droit de puisage, peut prouver qu'il a toujours contribué aux réparations du puits, s'il peut démontrer, par exemple, qu'il y a fait placer une pompe, il y aura lieu, en général, de le déclarer copropriétaire du puits ; ce n'est qu'à ce titre, que s'explique sa participation à son entretien ; et le copropriétaire, en recevant sa contribution, a reconnu tacitement son droit de copropriété.

Une difficulté analogue a pris naissance à propos des sentiers ou des chemins d'exploitation servant à la desserte de plusieurs fonds appartenant à des propriétaires différents. Ces chemins, appelés en général chemins

d'exploitation, sont connus aussi sous le nom de chemins *voisinaux*, en Provence, *sentes de voisiné*, en Normandie, de chemins de *desserte* ou de *quartier*, dans quelques autres provinces. Il est aujourd'hui de jurisprudence constante, que ces chemins d'exploitation sont la copropriété des intéressés et que le passage est exercé non à titre de servitude, mais à titre de copropriété (1). Ils sont réputés jusqu'à preuve contraire appartenir en commun à tous les propriétaires des héritages qu'ils desservent, sans qu'il soit besoin de représenter un titre. Cette présomption repose sur ce qui se passe le plus ordinairement dans la pratique, lors de la création des chemins de ce genre. Dans les contrées où les routes sont peu nombreuses, les propriétaires de plusieurs fonds voisins se rendent dans leurs héritages, pour satisfaire aux besoins de leur exploitation, sans suivre des chemins frayés; les nécessités du labourage et de l'enlèvement des récoltes les obligent à se laisser passer mutuellement sur leurs domaines respectifs. Le propriétaire, dont la parcelle touche une route, doit faucher ou moissonner le premier, pour permettre aux autres de parvenir à leurs héritages et d'enlever leurs foins ou leurs gerbes sans causer de préjudice au voisin. Mais, qui ne s'aperçoit des inconvénients qui doivent résulter d'un semblable état de choses! Il entraîne l'obligation pour tous ces propriétaires de soumettre leurs terres au même assollement, et celle d'attendre que leurs récoltes soient toutes mûres pour les couper

1. Cass. 20 fév. 1866, Sir., 66, 1, 193. Voyez, dans le même sens, Aubry et Rau, t. III, § 251 n° 4, p. 81. — 4^e édit.

et les rentrer en même temps. Une semblable entrave à la liberté des propriétaires devient fort gênante, principalement dans les pays où l'agriculture se perfectionne. L'un des propriétaires désire, par exemple, créer des prairies et se livrer à l'élevage du bétail, tandis que l'autre a l'intention de continuer la culture des céréales. Le premier ne pourra pas conduire ses troupeaux dans son héritage, s'il est obligé de passer à travers le champ de blé du voisin. Poussés par les nécessités pratiques, les agriculteurs ne tardent pas à s'apercevoir qu'ils ont les uns et les autres intérêt à faire abandon d'une partie de leur propriété, pour laisser libre l'espace d'un chemin, qu'on ne soumettra plus à la culture et dont tous se serviront. C'est ce passage qui prend le nom de chemin d'exploitation ; si telle est son origine habituelle, on comprend, sans peine, qu'il soit réputé appartenir en commun à tous les propriétaires qui s'en servent, et qu'après trente ans l'existence du droit ne puisse plus être contestée. De cette idée de copropriété, découlent des conséquences assez importantes, qui constituent autant de différences entre ce droit de passage spécial, qui appartient aux propriétaires riverains sur un chemin d'exploitation, et la servitude de passage véritable. Ces différences peuvent se ranger sous six chefs principaux.

1° La prescription est inapplicable aux servitudes de passage proprement dites ; ces servitudes, étant discontinues, ne peuvent s'acquérir que par titres. Au contraire, celui qui se prétend copropriétaire d'un chemin d'exploitation peut invoquer la prescription trentenaire, sans

• Cass. 6 déc. 1871, D. P., 71, 1, 275.

être contraint de rapporter un titre qui n'a peut-être jamais existé (1).

2° La servitude de passage se perd par non-usage. La simple inaction de l'un des copropriétaires d'un chemin d'exploitation ne le dépouille pas de son droit (2). Il ne cesse de pouvoir le réclamer, que ne l'un de ses communistes peut démontrer qu'il a acquis par la prescription, la propriété pleine et entière du chemin, en faisant des actes qui témoignent de son droit exclusif (3); comme, par exemple, le fait de mettre en travers du chemin une barrière fermée avec un cadenas, et de l'y laisser pendant trente ans.

3° La servitude de passage ne peut donner lieu à une action possessoire que dans des hypothèses exceptionnelles; tandis qu'une action de ce genre prend très fréquemment naissance à l'occasion du passage sur un chemin de desserte, pourvu, bien entendu, que cette action ait pour objet le sol même du chemin et non un simple droit de passage (4).

4° La possession annale ne dispense pas celui qui réclame une servitude de passage, de rapporter le titre qui l'a constituée. Elle produit, au contraire, tous les

1. Cass., Req., 20 fév. 1866, Sir., 66, 1, 383; Cass., 7 fév. 1883, et la note 3 et 4, Sir., 84, 1, 320.

2. Cass., 2 juil. 1862, Sir., 62, 1, 1040; Besançon, 23 mars 1866, D. P., 66, 2, 130, en note sous l'arrêt du 16 juillet de la même année.

3. Cass., Req. 25, Avr. 1855, D. P., 55, 1, 160.

4. Cass., 12 déc. 1853, Sir., 55, 1, 442; Cass., 25 juin, 1860, et la note, Sir., 60, 1, 728; Cass., 10 mars 1861, Sir., 61, 1, 447; Cass., 2 juillet 1862, Sir., 62, 1, 1040; Cass. Req., 22 mars 1870, D. P., 72, 1, 760; Cass. Req., 18 mars 1873, D. P., 74, 1, 376; Cass. Req., 5 janvier, 1874, D. P., 74, 1, 391. Ces arrêts considèrent même, pour la plupart, la servitude de passage comme ne pouvant jamais faire l'objet d'une action possessoire.

avantages dont elle est susceptible, lorsque celui qui l'établit se prétend copropriétaire d'un chemin de desserte. C'est à celui qui veut interdire l'usage d'une voie d'exploitation à ses voisins, qu'incombe la charge de prouver au pétitoire qu'il en est le seul propriétaire (1). S'il se trouve dans l'impossibilité de démontrer son droit de propriété exclusif, le défenseur se verra maintenu dans sa jouissance du droit de passage, tout en n'invoquant, pour justifier son droit, que la maxime : « *Possideo quia possideo* ».

5° Le propriétaire du fonds grevé d'une servitude de passage peut contraindre le propriétaire du fonds dominant à accepter une modification dans l'assiette du passage en lui offrant un autre endroit aussi commode pour l'exercice de ses droits (art. 701 *in fine* C. Civ.).

Le dissentiment d'un seul des copropriétaires d'un chemin d'exploitation, suffira pour empêcher les autres de modifier son assiette (2). Lui imposer ce changement serait prononcer contre lui une sorte d'expropriation.

6° Au cas d'expropriation pour utilité publique, d'un chemin de desserte, on ne peut opposer à ceux des copropriétaires qui n'ont figuré ni dans l'arrêté de cessibilité, ni dans le jugement d'expropriation, la déchéance édictée par l'art. 21 de la loi du 3 mai 1841, contre les intéressés à titre d'usagers, de bénéficiaires de droits de servitude, etc. (3).

1. Agen, 4 mai 1853, Sir., 53, 2, 304; Caen, 8 juin 1872, D. P., 73, 2, 413, et la note assez détaillée qui accompagne cet arrêt.

2. Paris, 15 mars 1856, Sir., 57, 2, 61; Cass., 15 fév. 1858, Sir., 58, 1, 347.

3. Limoges, 2 juil. 1862, Sir., 63, 2, 35.

Les titulaires d'une servitude de passage ordinaire se trouveraient frappés par cette déchéance.

Telles sont les différences fort importantes qui existent entre les servitudes de passage et les chemins d'exploitation. Il nous reste à rechercher comment on arrivera à les distinguer. Observons, d'abord, qu'il est fort difficile d'indiquer une règle fixe à cet égard. La diversité des questions qui se présentent chaque jour devant les tribunaux, ne permet pas de poser des principes absolus. Voici cependant à quels caractères généraux on pourra reconnaître, selon nous, un chemin d'exploitation.

Ce chemin, dont se servent ordinairement les propriétaires voisins, existera depuis longtemps; l'usage qui en sera fait, empêchera les propriétaires riverains de le labourer et d'y recueillir des fruits; il desservira un grand nombre d'héritages de différents genres de culture, exigeant un passage fréquent et continu. Nous ne citons, d'ailleurs, ces caractères, qu'à titre d'exemple; il faudrait se garder de les appliquer dans tous les cas, telle hypothèse pourrait se rencontrer où il serait dangereux de procéder de la sorte. La prudence des magistrats leur indiquera, dans ces périlleuses questions, les moyens auxquels ils devront recourir pour arriver à la découverte de la vérité. Ils puiseront souvent leur conviction dans les circonstances particulières de la cause; c'est ainsi qu'il a été jugé à différentes reprises qu'il n'était pas indispensable, pour qu'il y eut copropriété, que les traces du chemin d'exploitation fussent apparentes sur toute sa longueur, qu'il suffisait que la ligne du parcours fut visible et en bon état de viabilité sur la plus grande partie de son étendue. Telle est la décision admise par un jugement du tribunal de Mamers du

4 août 1869. Il s'agissait, dans l'espèce, d'un chemin de 1,500 mètres de long sur 4 mètres de large, qui se trouvait empierré et bordé de bois séculaires sur l'espace d'un kilomètre et dont les 500 mètres restants traversaient une immense prairie. Dans ce dernier parcours, on remarquait des empreintes de grosses roues, certaines ondulations de terrain et un ponceau décelant le passage de voitures fortement chargées. Le tribunal décida que l'empierrement de l'assiette du passage sur cette longueur de 500 mètres et le fractionnement de la prairie par des haies et des fossés, auraient causé un grave préjudice pour le propriétaire, sans grande utilité pour la circulation; que, dès lors, les signes existants suffisaient pour attribuer au chemin les caractères non d'une servitude de passage mais d'un chemin d'exploitation, créé au moyen de sacrifices mutuels par les riverains, et condamna en conséquence le propriétaire de la prairie à supporter le passage de son voisin à titre de copropriété. La cour d'Angers et la cour de Cassation (1) appelées successivement à statuer sur la même affaire, se prononcèrent dans le même sens que les premiers juges.

Pour en finir avec cette distinction entre la prescription des servitudes discontinues et la prescription de la pro-

1. Cass., 26 déc. 1871, D. P., 71, 4, 299. En tête de cet arrêt se trouvent rapportés *in extenso* le jugement du tribunal de Mamers du 4 août 1862 et l'arrêt de la Cour d'Angers du 6 avril 1870. — Voir, dans le même sens, Besançon, 8 mai 1865, 23 mars 1866 et 16 juil. 1866 et la note, D. P., 11, 130. La Cour de Besançon spécifie nettement dans ce dernier arrêt que les règles relatives aux chemins d'exploitation ne sont plus applicables, lorsqu'on réclame non pas la propriété ou la copropriété d'un chemin, mais le droit de passer sur ce chemin.

priété, demandons-nous si la possession où l'usage, par les habitants d'une commune, d'un sentier ou d'un passage, sur des propriétés privées, peut transformer ce chemin en un chemin public. Une distinction est ici nécessaire. Le passage exercé par les habitants d'une commune, même de temps immémorial, sur un chemin traversant des propriétés particulières, ne suffit pas, à lui seul, pour attribuer à la commune la propriété du chemin (1). « C'est, qu'en effet », comme le fait très bien remarquer le conseiller Mesnard dans un rapport à la cour de Cassation sur une affaire de cette espèce, dont elle était saisie en 1857, « si la possession, en cas pareil, suffisait pour donner le caractère de voie publique au chemin sur lequel le passage s'est exercé, il s'en suivrait que de simples actes de passages, que la loi considère comme le résultat de la tolérance, auraient pour effet de déplacer la propriété quand ils ne suffiraient pas pour fonder une servitude. » Si les habitants de la commune se sont bornés à passer sur le sol d'un particulier, ils sont réputés n'avoir exercé qu'une servitude de passage, servitude discontinue qui, en vertu de l'art. 691, ne pourra jamais être acquise à la commune par prescription (3).

1. Telle était déjà la solution admise par nos anciens auteurs, ainsi que cela résulte de cette phrase de Capolla : « *Ad probandum viam esse publicam, non sufficit probare per testes, quod publice, seu vulgo, per omnes itum fuerit per longum tempus.* » Capolla, *De servi., tract.*, II, cap. III, n° 18, p. 269. — *Edit.*, Lausanne, 1737.

2. Cass., 15 février, 1847, Sir., 47, 1, 456. Rapport du conseiller Mesnard.

3. Pardessus, *Des Servi.*, t. I, n° 216, p. 484. — 7^e édit., Vazeille, *Des Prescriptions*, t. I, n° 95, pp. 103 *in fine* et suiv. — Paris, 1832. Aubry et Rau, t. III, § 251, n° 5, p. 82. — 4^e édit.

Mais si la commune avait fait exécuter sur le chemin des travaux d'art, de réparation, ou d'entretien, si elle y avait fait ériger un monument public, une croix par exemple (1), tous ces faits dénoteraient de sa part l'intention non équivoque d'agir comme propriétaire, et après trente ans d'usage, lui feraient acquérir la propriété même du terrain sur lequel est établi le passage.

De même, si les actes de possession des habitants sont corroborés par ce fait, que le chemin, loin d'être exclusivement affecté à l'exploitation des fonds qu'il traverse, sert à relier entre elles deux communes, ou donne accès à un édifice public (cimetière ou église), *pourra, si elle est jointe aux actes de possession des habitants, permettre au juge de déclarer la commune propriétaire du chemin.* Bien mieux, on a prétendu que l'arrêté administratif, qui classe un chemin parmi les chemins vicinaux, emporte attribution légale du chemin à la commune, sauf la preuve contraire. Cela nous paraît excessif, l'arrêté ne constitue pas un titre pour la commune, et ne peut trancher, en sa faveur, la question de propriété (2). *Une appropriation caractérisée* est nécessaire, selon l'expression de la cour de Cassation, pour que la commune puisse faire passer un chemin dans le domaine communal (3). C'est au juge du fait qu'il appartiendra d'apprécier si la possession des habitants fait preuve du droit de propriété de la commune, à raison des circonstances locales, que nous avons ci-dessus

1. Cass., 11 fév. 1857, D. P., 57, 1, 256.

2. Cass., 24 janv. 1865, Sir., 65, 1, 125, et les notes 2 et 3.

3. Cass., 11 fév. 1857, D. P., 57, 1, 256.

indiquées, ou si, dans l'espèce, on se trouve en présence d'un simple passage à titre de tolérance.

En Belgique, l'hypothèse qui nous occupe, ne soulève plus aucune difficulté. La loi du 10 avril 1841 (art. 10) permet la prescription de dix ou vingt ans en matière de chemins vicinaux (1); et sous ce nom, on comprend toutes les voies de communication, dont la commune jouit soit à titre de servitude, soit à titre de propriété. L'art. 10 a même été spécialement introduit dans la loi, en vue d'autoriser l'acquisition par prescription des servitudes de passage sur les chemins privés.

1. Laurent, t, VIII, n° 208, p. 255; et n°s 211 et s. pp. 260 et s. q.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. — L'expression *via*, d'abord uniquement usitée pour indiquer les passages publics, servait aussi, à l'époque classique, à désigner une servitude de passage sur les chemins privés.

II. — L'énumération des *res Mancipi* donnée par Ulpien, au § 1 du titre XIX de ses règles, est limitative.

III. — La division des *res Mancipi et nec Mancipi* ne fut point une conséquence de l'institution du cens : elle prit naissance, lorsque, par suite de la fréquence des transactions entre les Romains et les étrangers, on éprouva le besoin de simplifier la législation en facilitant la transmission des *res nec Mancipi*.

IV. — La qualité du fonds dominant doit seule être prise en considération, pour distinguer les servitudes rurales des servitudes urbaines.

V. — Les servitudes rurales déjà constituées, pas plus que les servitudes urbaines, n'étaient, à Rome, susceptibles d'hypothèque.

VI. — A aucune époque du droit romain, les pactes et

stipulations ne purent constituer les servitudes comme droits réels, sans le secours d'une quasi-tradition.

VII. — La possession immémoriale n'a jamais été requise pour l'acquisition de la servitude d'aqueduc ; son principal rôle était de conférer aux particuliers certains droits sur les eaux des aqueducs publics, en remplaçant une concession émanée de l'empereur.

VIII. — L'origine directe du colonat se trouve dans les institutions administratives du Bas-Empire.

IX. — A l'époque d'Ulpien, c'est-à-dire au III^e siècle, l'impôt foncier se percevait sur la valeur réelle du sol. Pour arriver à déterminer cette valeur, on tenait compte du nombre de gens employés à la culture.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. — La servitude d'évier ou d'égout des eaux ménagères est une servitude discontinue.

II. — Les servitudes continues et apparentes ne peuvent pas s'acquérir par la prescription de dix ou vingt ans.

III. — Le titre, *émané a non domino*, ne rend pas prescriptibles les servitudes discontinues et apparentes.

IV. — Les donations de servitudes sont soumises à la transcription, en vertu de l'art. 2 § 2 de la loi du 23 mars 1855.

V. — La servitude de passage, manifestée par une porte percée dans un mur, est une servitude discontinue.

VI. — Lorsque celui qui exerce sur le fonds de son voisin une servitude continue et apparente a reconnu, par un

écrit, que sa possession n'était que de simple tolérance, cette reconnaissance forme un obstacle perpétuel à la prescription acquisitive de la servitude.

VII. — La femme mariée, qui accepte la communauté, peut revendiquer, entre les mains du tiers acquéreur de bonne foi, son immeuble propre aliéné par le mari seul pendant le mariage, sauf à elle à participer à la restitution du prix et aux dommages et intérêts.

VIII. — Un tribunal d'arrondissement n'a pas le droit d'ordonner, par voie de rectification, l'insertion d'un titre de noblesse dans un acte de l'état civil. L'officier de l'état civil n'est pas tenu d'insérer dans l'acte qu'il dresse, le titre de noblesse des parties, si reconnu qu'il soit; il peut être tenu, au contraire, d'insérer dans cet acte la particule *de*, qui précède le nom des intéressés, ou réunit ce nom patronymique à un nom de terre.

IX. — L'ordination reçue par un prêtre catholique ne met aucun obstacle à son mariage au point de vue civil. Les enfants issus d'un tel mariage sont légitimes et leur père, en cas de prédécès de sa femme, doit être déclaré leur tuteur naturel et légal.

X. — En principe, les sociétés civiles ne sont pas personnes morales.

PROCÉDURE CIVILE

I. — Une servitude discontinue, fondée sur un titre coloré, peut faire l'objet d'une action possessoire, quand l'existence de ce titre est connue du maître du fonds servant.

II. — L'action en réintégrande, comme l'action en com-

plainte possessoire, n'est recevable que si le demandeur réunit les conditions prescrites par l'article 23 du Code de procédure.

III. — Il n'existe pas de nos jours d'action mixte, pouvant par suite, attribuer compétence alternative au Tribunal de la situation et au Tribunal du domicile du défendeur ; mais il y a souvent concours d'actions sur le même objet, permettant de choisir entre divers tribunaux ; cette double compétence tient à la connexité et non à la nature mixte de l'action.

DROIT COMMERCIAL

I. — Le voiturier perd son privilège dès qu'il s'est dessaisi de la chose voiturée.

II. — La disposition de l'art. 1^{er} de la loi des 28 mars-8 avril 1885, qui valide les marchés à terme, n'est pas rétroactive. Les engagements contractés antérieurement à cette loi doivent donc être annulés.

ÉCONOMIE POLITIQUE

I. — La propriété littéraire est une institution du droit positif ; sa durée ne doit être que temporaire.

II. — Le libre-échange pratiqué d'une façon absolue, est dangereux au point de vue économique et au point de vue de l'indépendance nationale.

HISTOIRE DU DROIT

A l'époque de la rédaction de la loi salique, il existait encore chez les Germains, des vestiges de la collectivité des terres.

VU ET APPROUVÉ :

Les membres de la commission,

M. MONGIN, R. SALEILLES.

VU :

Le Doyen,

F. VILLEQUEZ.

Permis d'imprimer,

Le Recteur de l'Académie de Dijon,

C. CHAPPUIS.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION HISTORIQUE.

Origine des servitudes.	1
---------------------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

Droit romain

DE L'ACQUISITION DES SERVITUDES PRÉDIALES.

Préliminaires.	16
CHAPITRE I ^{er} . — Notions générales	20
§ 1 ^{er} . — Caractères généraux des servitudes.	20
§ 2. — Règles communes à toutes les servitudes prédiales.	24
§ 3. — Principales divisions des servitudes prédiales.	37
CHAPITRE II. — De l'établissement des servitudes réelles.	79
Section I ^{re} . — Des modes d'établissement du droit civil.	82
§ 1 ^{er} . — De la mancipation.	83
§ 2. — De la <i>Cessio in jure</i>	87
§ 3. — De l' <i>Adjudicatio</i>	90
§ 4. — Du legs <i>per vindicationem</i>	94
§ 5. — De l'usucapion	94
Section II. — Des modes d'établissement du droit prétorien	101
§ 1 ^{er} . — De la quasi-tradition et de la quasi-possession	103
§ 2. — De la <i>longi temporis possessio</i>	112
§ 3. — Des pactes et stipulations	149

Section III. — Des modes d'établissement du droit de Justinien	162
§ 1 ^{er} . — Des pactes et stipulations (suite)	162
§ 2. — Des autres modes de constitution des servitudes sous Justinien	174
Appendice. — Des servitudes tacites et des servitudes légales	176
§ 1 ^{er} . — Des servitudes tacites	177
§ 2. — Des servitudes légales.	180
CHAPITRE III. — Des modalités qui peuvent affecter l'établissement des servitudes prédiales	195

DEUXIÈME PARTIE

Droit français

DE L'ÉTABLISSEMENT DES SERVITUDES PAR LE FAIT DE L'HOMME.

Préliminaires.	1
Comment s'établissent les servitudes du fait de l'homme	3
CHAPITRE I ^{er} . — De l'établissement des servitudes par titre	4
Section I ^{re} . — Comment s'opère et se prouve la constitution des servitudes établies par titre.	4
§ 1 ^{er} . — En quoi consiste le titre	5
§ 2. — De la publicité du titre	15
§ 3. — De la preuve du titre	20
Section II. — Qui peut constituer une servitude	36
Section III. — Qui peut acquérir une servitude	58
CHAPITRE II. — De la destination du père de famille.	71
De la destination du père de famille en droit coutumier.	71 à 85
Des conditions requises pour l'établissement des servitudes par destination du père de famille	85
I. — Il faut que deux fonds, actuellement divisés, aient appartenu au même propriétaire.	86
II. — Il faut que le propriétaire ait mis ces deux fonds dans un état qui serait constitutif d'une servitude s'ils appartenaient à deux propriétaires différents, et que cet état subsiste au moment de la séparation des deux héritages	90

III. — La servitude doit avoir certains caractères spéciaux, déterminés par la loi	95
CHAPITRE III. — De l'établissement des servitudes par prescription	131
Historique. De la prescription en droit coutumier	131 à 141
Section I ^{re} . — Des servitudes continues et apparentes	141
§ 1 ^{er} . — Du temps requis pour la prescription en matière de servitudes continues et apparentes.	146
§ 2. — Quelles conditions doit remplir la possession d'une servitude continue et apparente pour conduire à la prescription	157
Section II. — Des servitudes qui ne sont pas continues et apparentes.	171
POSITIONS	197

DIJON. — C. DAMONGEOT ET C^{ie}, IMP. RUE SAINT-PHILIBERT, 40.

ERRATA.

THÈSE ROMAINE.

- Page 28, ligne 18, au lieu de : *precoris*, lisez : *pecoris*; ligne 28, au lieu de : *servitude légale léguée*, lisez : *servitude prédiiale léguée*.
- 33, ligne 17, au lieu de : *étalissant*, lisez : *établissant*.
- 35, note 4, au lieu de : *Quomod. serv.*, lisez : *Quemadmodum serv.*
- 69, ligne 27, au lieu de : *la constitution de servitudes*, lisez : *la constitution des servitudes*.
- 75, ligne 3, au lieu de : *sans qu'on songe*, lisez : *sans que l'on songe*.
- 81, ligne 17, au lieu de : *stipulare*, lisez : *stipulari*.
- 92, ligne 9, au lieu de : *statum*, lisez : *statim*.
- 107, ligne 27, après système, remplacez le point et virgule par un point, et au lieu de *pour*, lisez : *Pour*.
- 122, ligne 7, au lieu de : *On peut d'ailleurs*, lisez : *On ne peut d'ailleurs*.
- 128, ligne 28, au lieu de : *qui a reçu tradition*, lisez : *qui avait reçu tradition*; ligne 29, au lieu de : *n'est investi*, lisez : *n'était investi*; ligne 30, au lieu de : *qui a acquis*, lisez : *qui avait acquis*.
- 145, ligne 1, au lieu de : *præunt*, lisez : *præsunt*.
- 153, ligne 12, après hérésie, remplacez la virgule par point et virgule.
- 164, ligne 17, après d'ordinaire, remplacez la virgule par un point, et au lieu de : *les*, lisez : *Les*.
- 167, à la note 2, au lieu de : *Institutionem*, lisez : *Institutionen*.
- 168, ligne 4, au lieu de : *cette expression servitutum dari*, lisez : *cette stipulation servitutum dari*.
- 194, ligne 5, au lieu de : *l'état primitif de lieux*, lisez : *l'état primitif des lieux*.

THÈSE FRANÇAISE.

- Page 2, ligne 1, au lieu de : *d'un portion*, lisez : *d'une portion*.
- 11, lignes 24, 25 et 26, au lieu de : *elle repose sur une confusion contre laquelle nous avons cru devoir prémunir le lecteur entre les conditions...*, lisez : *elle repose sur une confusion contre laquelle nous avons cru devoir prémunir le lecteur, confusion entre les conditions..., etc.*
- 23, lignes 4 et 5, au lieu de : *une description*, lisez : *la description*.
- 32, ligne 4, au lieu de : *existence*, lisez : *existence*.

- Page 33, lignes 27 et 28, au lieu de : *de ce que l'art.*, lisez : *que l'art.*
- 38, note 1, ligne 3, au lieu de : *Jeresia*, lisez : *Seresia*.
- 44, ligne 4, au lieu de : *qu'il entend grever de servitudes*, lisez : *qu'il entend grever d'une servitude*.
- 47, ligne 22, au lieu de : *sous charge*, lisez : *sans charge*.
- 48, lignes 12 et 13, au lieu de : *reconnaissant*, lisez : *reconnaissent*.
- 60, note 2, 2^e ligne, au lieu de : *devant lui*, lisez : *avant lui*.
- 71, lignes 3 et 4, effacer les mots : *n'est pas indiqué dans le titre constitutif*.
- 75, lignes 7 et 24, au lieu de : *l'état des choses*, lisez : *l'état de choses*.
- 76, ligne 5, au lieu de : *les coutume*, lisez : *les coutumes*.
- 79, ligne 16, au lieu de : *prædiorium*, lisez : *prædiorum*.
- 97, note 1, ligne 6, au lieu de : *An contraire*, lisez : *Au contraire*.
- 98, à la note, ligne 1^{re}, au lieu de : *l'applicatton*, lisez : *l'application*.
- 100, ligne 5, au lieu de : *hérltages*, lisez : *héritages*.
- 104, ligne 2, au lieu de : *entraînés par de l'admission*, lisez : *entraînés par l'admission*.
- 106, ligne 7, au lieu de : *décidès*, lisez : *décidé*.
- 112, ligne 6, au lieu de : *l'immeuble privé*, lisez : *l'immeuble grevé*.
- 126, ligne 12, au lieu de : *Pour que cette servitude cessa*, lisez : *Pour que cette servitude cessât*.
- 132, note 2, ligne 2, au lieu de : *ls possession*, lisez : *la possession*.
- 143, ligne 16, après français, remplacez la virgule par point et virgule ; et au lieu de : *et elle est*, lisez : *elle est*.
- 144, ligne 18, au lieu de : *se sont surtout proposés*, lisez : *se sont surtout proposé*.
- 159, ligne 19, au lieu de : *fréquemmen*, lisez : *fréquemment*.
- 162, ligne 29, au lieu de : *ce son*, lisez : *ce sont*.
- 165, ligne 30, au lieu de : *quelques spécieux*, lisez : *quelque spécieux*.
- 176, ligne 2, au lieu de : *Nous sommes amenés*, lisez : *Nous sommes amené*.
- 182, ligne 9, au lieu de : *le vice précarité*, lisez : *le vice de précarité*.
- 189, ligne 6, au lieu de : *ne*, lisez : *si*.
- 192, note 1, ligne 3, au lieu de : *4 août 1862*, lisez : *4 août 1869*.
- 194, lignes 14 et 15, au lieu de : *pourra, si elle est jointe aux actes de possession des habitants, permettre au juge*, lisez : *cette circonstance pourra permettre au juge, etc.....*

